

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DES
OBLIGATIONS CIVILES
A ORDRE ET AU PORTEUR

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le mardi 9 mars 1920, à 3 heures

PAR

Roger ALHEINC

Président : M. PIÉDELIÈVRE, Professeur

Suffragants { *MM. WAHL, Professeur*
PERCEROU, Professeur

PARIS

JOUVE & C^{IE}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, VI^e

1920

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DES
OBLIGATIONS CIVILES
A ORDRE ET AU PORTEUR

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le mardi 9 mars 1920, à 3 heures



PAR

Roger ALHEINC

Président : M. PIÉDELIÈVRE, Professeur
Suffragants { *MM. WAHL, Professeur*
PERCEROU, Professeur

PARIS
JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS
15, RUE RACINE, VI^e

1920

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DES

OBLIGATIONS CIVILES

A ORDRE ET AU PORTEUR

INTRODUCTION

Nous sommes bien loin de l'époque primitive où les créances étaient intransmissibles, et du temps où le droit romain ne permettait pas la substitution d'un créancier à un autre, en raison du changement qui en serait résulté dans le rapport obligatoire. Aujourd'hui, au contraire, on est constamment en quête de procédés tendant à rendre plus facile la cession des créances ; et, comme les modes de transmission du droit commercial (la tradition pour les titres au porteur, l'endossement pour les titres à ordre), sont plus simples et plus rapides que l'observation des formalités de l'article 1690 (signification du transport au débiteur cédé, ou acceptation du transport par le débiteur dans un acte authentique), il n'y a rien d'étonnant à ce que, pour satisfaire le besoin de célérité, qui est, à l'époque contemporaine, la note dominante de la pratique des affaires, on ait songé à

transporter dans le droit civil la négociabilité comme mode rapide de cession des créances. Ainsi s'explique l'emploi, de plus en plus fréquent, des clauses à ordre ou au porteur dans les obligations civiles, qu'il s'agisse de billets sous seing privé, ou surtout d'actes notariés. On rencontre notamment, dans la pratique notariale, des actes contenant une hypothèque constituée au profit du porteur de la grosse; ou encore des obligations civiles ordinaires constatées par acte notarié et dans lesquelles a été introduite la clause à ordre; dans les deux cas, le titre est transmissible comme un effet de commerce, et la tradition ou l'endossement transfèrent l'hypothèque en même temps que la créance.

La fréquence de ces clauses dans les obligations notariées s'explique par l'évolution qui s'est produite dans la composition des fortunes et par le désir de rendre le crédit foncier plus aisément mobilisable. C'est une banalité de rappeler l'importance acquise par le développement prodigieux de la fortune mobilière au *xix^e* siècle et au début du *xx^e* siècle. D'autre part, parmi les placements mobiliers, ceux qui consistent en prêts sur hypothèque tiennent une place considérable dans la richesse mobilière. Or, si l'on réfléchit aux causes qui expliquent l'essor de la fortune mobilière, par comparaison avec la stagnation relative de la propriété immobilière au moins avant la guerre, on se convainc facilement que les motifs de cet essor tien-

ment à la mobilité des valeurs mobilières et à la facilité de leur circulation, tandis que l'organisation de la propriété foncière et du crédit immobilier est loin de présenter la même souplesse. Par suite, si l'emploi des clauses à ordre ou au porteur dans les obligations notariées a pour conséquence de faire de l'hypothèque un moyen de crédit plus facile et plus souple, si ces clauses procurent aux prêteurs sur hypothèque des titres plus maniables et d'une transmission plus commode, sans nuire à la solidité du gage hypothécaire, il n'y a pas lieu de s'étonner qu'elles se répandent de plus en plus dans la pratique.

A l'époque actuelle, l'importance des prêts hypothécaires est plutôt en décroissance ; en 1876, ils s'élevaient en France à 19.279 millions ; en 1903, ces prêts n'atteignaient qu'un chiffre total de 13 milliards et demi (évaluation donnée par M. de Foville, *l'Economiste français*, 24 janvier 1903). Le motif de cette décroissance est incontestablement que le capitaliste qui engage ses fonds dans des placements immobiliers se heurte à beaucoup de difficultés pour la réalisation de son prêt ; il est lié à son débiteur par un contrat dont le terme est immuable ; il redoute de ne pouvoir réaliser ses capitaux dans des conditions avantageuses à l'époque où il en aura besoin, car, en attendant l'échéance, il n'est pas toujours aisé de céder la créance ; puis, à l'époque où l'exigibilité

arrivera, s'il ne reçoit pas son paiement du débiteur, il n'aura à sa disposition que la procédure de l'expropriation forcée, qui n'est exempte ni de longueur ni de difficultés. Cette perspective détourne les capitalistes des prêts sur hypothèque et les porte bien davantage à diriger leurs capitaux vers les entreprises industrielles ou commerciales, ou vers les emprunts de l'Etat. Grâce à la négociabilité des titres qui constatent ces modes de placement, le capitaliste a le moyen de rentrer facilement dans ses fonds ; et par là s'explique la supériorité du crédit commercial ou du crédit public sur le Crédit foncier. Celui-ci est immobilisé, comme le sol lui-même, tandis que les capitaux mobiliers, par leur facilité de circulation, se prêtent à un remboursement des plus aisés.

La conséquence est que les placements hypothécaires ne sont guère recherchés dans la pratique que par les capitalistes qui veulent par des placements à longue durée, et la difficulté avec laquelle les capitaux se portent sur les terres entraîne nécessairement pour le propriétaire emprunteur une élévation du taux de l'intérêt. Ce taux, pour les placements hypothécaires, atteignait, dès avant la guerre, 4 1/2 et même 5 0/0 ; ce taux fort élevé ne s'explique assurément pas par le risque que court le capitaliste ; car, à la condition de laisser une certaine marge entre la valeur du gage hypothécaire et le montant de la créance garantie, le prêteur sur hypothèque

jouit d'une sécurité presque absolue. Il n'est nullement exposé aux aléas que présentent beaucoup de placements mobiliers. Mais l'exigence du créancier se justifie par la longueur du contrat qui le lie à son débiteur et par la durée concomitante de la privation de son capital. Il en résulte que l'agriculteur qui emprunte sur sa terre devra servir un intérêt assez lourd, 5 o/o, alors que l'exploitation agricole ne lui procure ordinairement qu'un revenu moindre. L'infériorité du crédit immobilier exerce donc une influence nuisible sur l'agriculture.

C'est pourquoi, depuis longtemps, la pratique a songé à offrir au prêteur sur hypothèque la possibilité d'une réalisation pratique de ses capitaux : or, pour rendre le Crédit foncier plus aisément mobilisable, le seul moyen consiste à représenter la créance hypothécaire par des titres négociables, et à lui attribuer ainsi les avantages dont sont dotés les effets de commerce. Pour atteindre ce but, trois procédés ont été successivement imaginés : les cédules hypothécaires, les lettres de gage du Crédit foncier, l'emploi de la clause à ordre ou au porteur dans les actes notariés d'obligations hypothécaires.

I. *Les cédules hypothécaires.* — Leur création remonte à l'époque révolutionnaire et à la loi du 9 messidor an III, dont les articles 36 à 83 organisaient les cédules hypothécaires sous le titre : *De l'hypothèque sur soi-même*. D'après l'article 36, « tout

propriétaire de biens et droits susceptibles d'hypothèque a la faculté de prendre hypothèque sur lui-même pour un temps déterminé qui ne peut excéder dix années, par la voie de cédules hypothécaires jusqu'à concurrence néanmoins, des trois quarts, de la valeur, en capital, du prix... » L'hypothèque ainsi créée en dehors de toute dette était représentée par un titre que délivrait au propriétaire le conservateur des hypothèques ; c'était la cédule hypothécaire, que le propriétaire pouvait négocier par voie d'endossement ainsi qu'une lettre de change, en vue d'en toucher le montant (Cf. Rondel, *la Mobilisation du sol*, thèse Paris, 1888, p. 150 et suiv. ; et Challemel, *Cession des créances hypothécaires ; Etude sur les cédules hypothécaires*, 1878).

En fait, ce système ne reçut que de rares applications, attendu que la garantie des porteurs de cédules reposait sur la responsabilité du conservateur des hypothèques, qui, dans ce système, était rendu responsable non seulement de la valeur du bien hypothéqué, mais encore des hypothèques antérieures, ce qui créait à sa charge une responsabilité trop lourde. Mais l'idée dont s'était inspirée la loi française de l'an III a été recueillie ultérieurement par une législation étrangère : et une loi prussienne de 1872 permet au propriétaire foncier de créer, avant tout emprunt, sur sa terre, des créances hypothécaires, à la négociation desquelles il procède

ensuite au fur et à mesure de ses besoins (*hypothekenbrief. Notices sur la loi prussienne de 1872*, par M. Gide Ch. *Annuaire de législation étrangère*, p. 204-215, t. II.) L'hypothèque négociable du droit allemand permet au créancier qui en devient le concessionnaire de ne pas se voir opposer les exceptions tirées de la créance par le débiteur, ni celles qui sont personnelles au cédant, sauf si elles lui sont révélées par la teneur même du titre ou par l'inscription sur le *Livre foncier*.

En France, un système de ce genre n'a pas été institué, et ce sont seulement des théoriciens qui ont songé à acclimater la conception germanique dans notre pays. (Challamel, *Op. cit.*). Mais il ne semble pas qu'elle soit appelée à un succès prochain, par suite des différences entre les idées germaniques et la pratique traditionnelle française ; celle-ci est habituée depuis des siècles à ne considérer l'hypothèque que comme la garantie d'une créance sans laquelle elle ne saurait avoir en principe une existence indépendante.

II. *Les lettres de gage du Crédit foncier.* — Avec les lettres de gage du Crédit foncier, nous sommes en face d'une conception qui heurte moins nos habitudes et qui se prête merveilleusement à la mobilisation du crédit reposant sur la terre. Les obligations foncières, nommées *lettres de gage* par le décret du 28 février 1852, sont négociables comme

toutes les valeurs mobilières. Le Crédit foncier sert d'intermédiaire entre les propriétaires qui veulent emprunter et les personnes disposées à prêter leurs capitaux sur hypothèque. La société prête donc au propriétaire avec l'argent qu'elle se procure par la mise en souscription des lettres de gage ou obligations foncières. Les prêteurs ne détiennent pas le titre qui constate le prêt fait par la société à l'emprunteur ; ce titre reste dans l'étude du notaire rédacteur. Mais, en échange de l'argent versé par eux au Crédit foncier, les prêteurs reçoivent des obligations foncières qui circulent avec la garantie hypothécaire sur laquelle elles reposent, et qui peuvent se vendre à la Bourse comme les autres valeurs mobilières.

Seulement, ce système n'est pas exempt d'inconvénients : le premier, plutôt théorique, consiste en ce que les porteurs d'obligations foncières n'ont pas d'action contre les emprunteurs individuellement ; ils n'ont de recours que contre la société ; il est vrai que la solvabilité de celle-ci est pour eux une garantie suffisante. Un inconvénient plus réel résulte de ce que le crédit foncier, servant d'intermédiaire entre les capitalistes et les emprunteurs, retient, à titre de rémunération, une partie des intérêts payés par ces derniers ; les capitalistes ont, dès lors, moins d'avantages à employer leurs fonds de cette manière et l'agriculture ne retire pas de l'institution tous les

services dont elle a besoin. D'ailleurs, la majeure partie de l'argent que le Crédit foncier se procure par l'émission de ses obligations est destiné en fait à des constructions urbaines.

III. Alors intervient le troisième procédé de mobilisation du Crédit foncier : *l'emploi de la clause à ordre ou de la clause au porteur dans les obligations notariées*, c'est-à-dire dans les actes rédigés par les notaires et constatant les prêts sur hypothèque. Toute cette théorie repose sur le principe très simple contenu dans l'article 2148 du Code civil aux termes duquel l'acte constitutif d'hypothèque peut être rédigé en brevet, c'est-à-dire que l'original de l'acte peut être remis au créancier. Si, au contraire, l'acte notarié est retenu en minute, c'est la grosse de l'obligation qui est toujours remise au créancier. Or une jurisprudence certaine admet que la clause « payable au porteur de la grosse », ou « payable à l'ordre du créancier primitif » rend la créance transmissible par tradition comme un titre au porteur, ou par endossement comme un effet de commerce, et que la tradition, de même que l'endossement, transfèrent l'hypothèque à tout porteur ou endossataire du titre en même temps que la créance elle-même. Dès lors, la créance hypothécaire est pourvue d'une circulation aussi facile qu'un effet de commerce, sans heurter aucune de nos coutumes et de nos traditions nationales. L'hypothèque garde son

caractère accessoire ; elle ne se présente plus sous l'aspect quelque peu étrange d'une sûreté existant indépendamment de toute créance ; il y a simplement introduction dans le domaine du Crédit foncier des modes de négociabilité que la pratique des affaires avait depuis longtemps institués dans le domaine du commerce.

Nous nous proposons d'étudier le mécanisme de cette opération juridique, d'examiner si elle ne heurte aucun des principes de notre législation, de rechercher les droits qui en résultent pour le créancier hypothécaire ; puis la nature juridique, les effets d'une telle opération. Notre division sera donc la suivante :

Chapitre premier. — Histoire des clauses à ordre et au porteur.

Chapitre II. — De la validité des clauses à ordre et au porteur dans les titres constatant des créances civiles, et spécialement dans les actes notariés.

Chapitre III. — Les effets de ces clauses et les droits du porteur de l'obligation notariée, notamment quelles sont exactement les exceptions qui lui sont opposables.

CHAPITRE PREMIER

Histoire des clauses à ordre et au porteur

Il est évident que des clauses de ce genre ne sauraient se rencontrer dans les législations primitives, qui se caractérisent par l'intransmissibilité absolue des créances. A l'époque romaine, au début tout au moins, le lien obligatoire apparaît comme un rapport étroitement lié à deux personnes déterminées ; si l'une d'elles disparaît, le lien qui les unissait se rompt nécessairement et le rapport obligatoire est anéanti du même coup.

Mais les Romains eux-mêmes comprirent d'assez bonne heure les inconvénients d'un principe aussi rigide, et, sans imaginer immédiatement le procédé direct de la cession de créance, ils recoururent à des moyens indirects, d'abord à la *novation*, puis à la *procuratio* « *in rem suam* » (Gide, *Etude sur la novation et le transport des créances en droit romain*, 1879). Mais la novation présentait deux inconvénients : elle impliquait le concours du débiteur ; il

devait intervenir pour se reconnaître tenu vis-à-vis du créancier nouveau ; de telle sorte qu'il y avait création d'une nouvelle obligation après l'extinction de l'obligation ancienne plutôt qu'une transmission proprement dite. Puis, l'extinction de la dette primitive emportait l'anéantissement des sûretés qui pouvaient la garantir et ces sûretés ne pouvaient être rattachées à la créance nouvelle qu'en vertu d'une convention spéciale. Le procédé de la *procuratio in rem suam* présentait sur le précédent la supériorité de ne pas exiger l'adhésion du débiteur. Le cédant donnait mandat au cessionnaire de poursuivre le débiteur avec dispense de lui rendre compte ; d'un autre côté, les sûretés ne subissaient aucune atteinte du chef de cette convention. Mais, comme tout mandat, la *procuratio* était révocable, et le cessionnaire restait à la merci du cédant, qui pouvait révoquer la cession expressément, ou tacitement, par exemple, en recevant paiement du débiteur ou en lui consentant une acceptation ; de plus, comme tout mandat la *procuratio* s'éteignait par la mort du mandant ou par celle du mandataire.

Ce fut seulement à la fin du droit romain que fut véritablement pratiquée la cession de créance ; une Constitution de l'Empereur Gordien, de l'an 239 après J.-C. (Code, 8, 42, Loi III), admit le cessionnaire à faire au débiteur la signification de la cession, *denuntiatio* ; à partir de ce moment, le paiement

fait par le débiteur au créancier, ou la remise obtenue par lui de sa dette, n'étaient plus opposables au cessionnaire. De plus, pour mettre ce dernier à l'abri d'une révocation du cédant, on lui reconnut, à partir de la convention de cession, en droit propre sanctionné par des actions utiles, actions qu'il conservait contre le débiteur malgré la révocation faite par le mandant.

Mais les Romains n'ont jamais connu les clauses à ordre ou les clauses au porteur, et, s'ils ont admis finalement la cession de créance, ils n'ont pas eu l'idée de la rendre plus facile par l'insertion de clauses de ce genre. C'est dans le droit germanique que les clauses à ordre et au porteur ont pris naissance, et elles ont été employées comme des remèdes très énergiques aux inconvénients de l'incessibilité des créances et de l'impossibilité de la représentation en justice (Cf. l'ouvrage classique de M. Wahl, *Traité des titres au porteur*, 2 vol., 1891). Le droit germanique admit d'assez bonne heure des contrats de livraison au profit des tiers, notamment un vendeur promettait à son acquéreur et à tous les successeurs de ce dernier de les garantir contre une éviction, ou encore une personne promettait d'acquitter une obligation entre les mains d'un mandataire « missus ». Dans tous ces cas, la prestation devait être faite soit à un tiers immédiatement désigné, soit à un tiers non encore désigné. Dans le premier cas,

le mandataire « missus », devait être nécessairement connu ; mais, dans la seconde hypothèse, la créance ou l'autorisation de plaider pouvaient être conférées à n'importe qui ; à la condition, cependant, pour le titulaire actuel de prouver qu'il tenait son droit du créancier désigné. La création des titres au porteur s'accommoda très bien de ces principes du droit germanique ; le premier détenteur du titre fut considéré comme un intermédiaire agissant au nom de tous les porteurs successifs et les rendant créanciers en vertu d'une stipulation pour autrui, d'une stipulation à leur profit. D'ailleurs le porteur était dispensé de prouver qu'il détenait régulièrement le titre, puisque le débiteur s'était engagé envers tout détenteur du titre ; par là la situation du porteur était plus avantageuse que celle d'une personne au profit de qui un contrat de livraison avait été stipulé.

Au moyen âge, les titres au porteur ont commencé à se développer, mais la clause à ordre n'est apparue que plus tard. Dans le titre au porteur, le débiteur promet de payer tantôt au créancier ou au porteur, tantôt simplement au porteur. La première formule se rencontre dans des actes italiens du ix^e siècle (Cf. Wahl, *Titres au porteur*, t. I, p. 45 et suiv., et Brissaud, *Cours d'histoire générale du droit français public et privé*, t. II, 1904, p. 1438). L'autre formule est plus récente d'un siècle environ. D'Italie, cette pratique passa dans les autres pays et, au xiii^e siècle

On trouve en France des titres au porteur. La rédaction employée le plus souvent dans les actes est celle qui est connue sous la dénomination de « clause alternative » : « Je paierai à N. ou au porteur ». Le détenteur du titre est fondé à en exiger le montant sans avoir à indiquer de qui il tient son titre, sans avoir à fournir d'explications sur la régularité de sa possession. Cette formule avait le grand avantage de permettre au porteur de disposer de sa créance, de la céder par la simple remise du titre, d'en donner quittance, de transiger sur elle. Le débiteur ne pouvait pas opposer au détenteur du titre les exceptions qu'il aurait pu invoquer contre l'un ou l'autre des anciens titulaires de la créance. D'ailleurs, nul autre que le porteur ne pouvait réclamer le paiement du titre.

Plus tard, la conception du titre au porteur se modifia un peu : au commencement du xvi^e siècle, le porteur fut considéré comme simple mandataire du créancier, celui-ci usant de ce procédé pour se faire représenter par le porteur (Wahl, *op. cit.*, p. 97 et suiv.). Sans doute, le porteur n'est pas strictement un mandataire, puisque celui-ci risque d'abuser de ses pouvoirs en transmettant le titre à un tiers, et qu'en fait, tant qu'il possède le titre, il échappe à toute révocation de la part de son mandant. Cependant, quelle que fût la différence entre la situation d'un mandataire et celle du porteur, les anciens

commentateurs (Dumoulin, Charondas, Le Caron) n'hésitent pas à qualifier le détenteur du titre de procureur du créancier ; il est une sorte d'*adjectus solutionis gratia*, et, s'il ne démontre pas la transmission de la créance à son profit, il n'est autorisé en principe qu'à agir comme procureur du créancier. Il peut recevoir le paiement, mais non exercer les voies d'exécution (Wahl, *op. cit.*, p. 99). Une pareille évolution législative aboutissait, comme l'a remarqué M. Wahl, à dépouiller le titre au porteur de son utilité la plus essentielle, « à la destruction même du titre au porteur » (*op. cit.*, p. 99).

Cette conception apparaît très nette à la fin du xvi^e siècle ; mais, devant les inconvénients auxquels elle aboutissait, la pratique s'ingénia à imaginer des procédés nouveaux mieux appropriés au but qu'il s'agissait d'atteindre ; de là les titres à ordre ; ce fut à cette époque qu'ils commencèrent à se répandre. Ils viennent d'Italie ; de là ils sont passés en France, en Hollande, en Allemagne et en Suède. Leur usage fut vulgarisé en France grâce au Livre célèbre de Savary : *Le parfait négociant* (Paris, 1675), qui fut traduit dans toutes les langues. Par suite de l'endossement inscrit au dos du titre, le titre à ordre bénéficia de la même facilité de circulation que le titre au porteur. Comme celui-ci, il dispensait le détenteur, qui le présentait au paiement, de toute justification de son droit, et il devint en conséquence un ins-

trument de crédit précieux pour le commerce.

De son côté, le titre au porteur ne tarda pas à réapparaître dans la pratique des affaires ; dans son ouvrage, Savary en constate le développement (liv. III, chap. VII), et ce titre contribua dès lors à assurer, en même temps que le titre à ordre, la transmission rapide des créances, impérieusement réclamée des négociants. Une déclaration royale du 26 février 1692 reconnaît la validité de ces titres. Mais un édit de mai 1716 vint les proscrire, en vue de réserver le bénéfice de la clause au porteur aux billets de l'Etat et à ceux émis par la fameuse banque de Law ; il fallait absolument protéger le monopole de cette entreprise. Il ne s'agissait, d'ailleurs, que d'un ostracisme passager, et, dès le 21 décembre 1721, une Déclaration royale les rétablissait. Ils n'étaient pas encore au bout de leurs vicissitudes, car un décret de la Convention les supprima de nouveau, le 8 novembre 1892. Mais, à partir de cette époque, l'Etat renonça définitivement à toute mesure prohibitive à leur égard, et ils furent reconnus par les lois du 15 germinal an VI, du 8 floréal an VI, par un arrêté du 27 prairial an X, enfin par un décret du 25 thermidor an XIII (Wahl, *op. cit.*, p. 111 et suiv.).

Toutefois, au cours de toute cette longue évolution, on ne trouve pas de trace de l'emploi de la clause à ordre ou au porteur dans les actes des

tabellions ou notaires royaux. L'ancien corps notarial considérait que la pratique de ces clauses, légitime entre particuliers, entre commerçants surtout, répugnait aux habitudes du notariat. C'est seulement au xix^e siècle que l'usage de ces clauses dans les obligations notariées a commencé à se répandre.

CHAPITRE II

De la validité des clauses à ordre et au porteur dans les titres constatant les créances civiles et spécialement dans les actes notariés.

Si l'on a songé à employer la clause à ordre et la clause au porteur en dehors des effets de commerce et à insérer ces clauses dans un titre de créance quelconque, de manière que la transmission s'en trouve régie, non par les principes du droit civil en matière de créance, mais par les règles spéciales au titre à ordre et au titre au porteur, c'est en raison des avantages que la forme négociable procure pour la transmission des créances. Quels sont donc ces avantages ? Ils se résument dans deux idées : il y a d'abord une simplification des formes de la cession ; il y a ensuite un changement considérable dans les effets de la cession.

I. D'abord la transmission du titre négociable *n'est pas soumise aux formalités de l'article 1690,*

en ce qui concerne les effets de la transmission à l'égard des tiers. La transmission est parfaite par tradition ou par endossement, suivant que le titre est au porteur ou est à ordre. L'application de l'article 1690 est hors de cause, parce qu'il n'est nul besoin, en cette matière, de recourir au système de publicité qu'il institue. En effet, pour les titres au porteur, la transmission est publique en raison du fait extérieur de la tradition ; l'acquéreur du titre est certain de traiter avec le créancier, lorsqu'il traite avec une personne nantie du titre. A l'égard du titre à ordre, la transmission ne peut s'opérer que par endossement ; le tiers acquéreur n'a donc qu'à examiner le titre pour y trouver tous les renseignements qui l'intéressent. Enfin, au regard de toute personne, le détenteur actuel du titre doit être considéré comme le titulaire du droit, du moment que le titre est en sa possession si sa forme est au porteur, ou qu'il lui est parvenu par un endossement régulier s'il est conçu dans la forme à ordre.

Ainsi la forme négociable assure la publicité des transmissions successives de la créance ; mais on ne comprendrait pas qu'une simplification des formalités de la cession suffise à expliquer le développement des titres négociables. La cause de leur multiplication réside dans ce fait essentiel que le titre négociable représente l'incorporation de la créance dans le titre. Lorsqu'il s'agit d'une créance ordinaire,

le paiement ne doit être fait qu'à la personne qui justifie avoir acquis la créance du créancier originaire. Il en résulte un obstacle sérieux à la transmission des créances, puisque le dernier cessionnaire devra produire les titres justifiant les cessions successives et leur régularité. Or le titre négociable offre l'avantage d'éviter la nécessité de cette justification appréciable. Le débiteur d'un titre négociable s'acquittera entre les mains du détenteur actuel, sans avoir à exiger de justifications du titulaire de la créance ; le paiement sera libératoire, alors même que le titre ne serait parvenu au détenteur actuel que par une transmission irrégulière. Par suite de la forme négociable donnée à l'obligation, le débiteur déclare d'avance accepter le transport, à quelque personne qu'il soit fait. La justification du droit du porteur découle suffisamment de la production du titre. Grâce à ce mécanisme, le débiteur n'est plus exposé aux risques d'un nouveau paiement, si la personne entre les mains de laquelle il se libère n'est pas le véritable créancier ; d'autre part, ce dernier est exonéré de tout souci quant à la démonstration de son droit. Cette double considération explique que le titre se prête à une négociation facile.

La forme négociable n'agit pas seulement sur la rapidité des transmissions ; elle touche même au fond du droit. Le fait que la créance s'incorpore dans le titre en change la nature juridique. La

créance ordinaire naît uniquement de l'accord des volontés entre le créancier et le débiteur ; c'est un pur concept juridique ; elle est, sans doute, normalement constatée par un écrit, mais l'écrit n'intervient que comme mode de preuve et nullement comme condition de fond. Le débiteur étant tenu de payer au créancier et à celui-là seul, il est sans importance que le titre soit ou non entre les mains de la personne qui joue le rôle de créancier. La production du titre est indifférente à la validité du paiement (en supposant, bien entendu, que le débiteur n'éprouve aucun doute sur l'identité de son créancier). Le titre négociable se présente sous un tout autre aspect : la créance s'unit au titre et en devient inséparable. La forme modifie le fond, la négociabilité du titre influe sur la créance elle-même. Le titre n'est plus un simple instrument de preuve, il renferme le droit lui-même. La propriété du titre implique l'exercice de la créance ; la créance a pris une forme matérielle.

L'incorporation est manifeste surtout pour le titre au porteur. Aucune mention d'un créancier nominativement désigné n'est faite sur le titre ; tout détenteur du titre est en droit de réclamer le versement de sa somme qui y est inscrite. L'incorporation est si prononcée que le titre au porteur tombe sous l'application de l'article 2279 : « En fait de meubles, possession vaut titre » ; et il a fallu une législation

spéciale, résultant des lois des 15 juin 1872, 8 février 1902, et, pour la durée de la guerre et la période de six mois qui suivra la fin des hostilités, de la loi du 4 avril 1915, pour les soustraire à l'inconvénient de ce principe.

Quant aux titres à ordre, l'incorporation est moins apparente ; le créancier est en effet nommément désigné au débiteur. Il semble donc que la créance demeure distincte du titre ; mais ce n'est qu'une apparence. Au fond, il y a toujours incorporation, car le droit du créancier ne peut se séparer du titre à ordre. Celui qui se prétend créancier ne peut exercer le droit qu'autant que ce droit est manifesté par le titre, et, par cela seul qu'un tiers produirait un titre portant un endossement à son nom, le paiement lui serait fait valablement, sans qu'il y ait besoin d'aucune justification. Finalement, le rapport du titre au porteur avec le titre à ordre résulte de ce que, dans les deux cas, la créance est incorporée dans le titre ; ils ne diffèrent que par les conditions de la transmission. Au fond, le type de l'effet négociable est le titre au porteur ; le titre à ordre n'en est qu'un substitut. C'est un effet négociable d'un caractère moins accusé, en ce sens que la transmission révèle le nom du cessionnaire. En dernière analyse, la forme négociable modifie à la fois l'aspect extérieur de la transmission et le fond même du droit.

II. Ce n'est pas seulement la nature de la

créance qu'affecte le titre négociable ; *il influe aussi sur ses effets* : le débiteur d'un titre négociable ne peut pas opposer au tiers porteur les exceptions qu'il aurait pu invoquer contre le créancier originaire. Cette règle n'est écrite nulle part, mais elle est traditionnelle et universellement admise, car elle dérive de la fonction même du titre négociable et elle est sa raison d'être économique. Dans une créance ordinaire, le créancier ne peut avoir plus de droits que son auteur ; si donc la créance est atteinte d'une cause de nullité, d'extinction ou de résolution, le cessionnaire ne pourra prétendre à aucun droit. Il est en conséquence tenu, pour conjurer un pareil risque, de vérifier non seulement le droit de son cédant, mais encore celui de tous les cessionnaires qui l'ont précédé, jusqu'au droit du créancier originaire. Si, par le fait de quelqu'un d'entre eux, il s'est produit une cause de nullité ou d'extinction de la créance, la personne qui se proposait d'acquérir la créance ne traitera pas, car elle n'obtiendrait qu'un droit apparent : elle doit donc vérifier l'existence de la créance, et, dans toute la série des mutations, la régularité de chacune d'elles. Or, c'est là une preuve des plus difficiles, impossible même relativement aux créances qui sont destinées à circuler rapidement. C'est pour ce motif que, depuis des siècles, la pratique a exigé que le droit du cessionnaire fût rendu indépendant de ceux qui l'ont précédé dans la déten-

tion du titre. La règle de la non opposabilité des exceptions s'explique, en définitive, de la même manière que la prescription : la prescription a pour raison d'être de dispenser le débiteur qui a payé, ou celui qui est en possession, de la justification du paiement ou de l'acquisition régulière ; le titre négociable affranchit également le porteur des justifications qui rendraient nécessaire la vérification de tous les titres qui le précèdent.

Ainsi se trouvent satisfaits deux intérêts : d'abord celui du souscripteur, que libère d'une manière définitive le paiement effectué au détenteur du titre ; puis l'intérêt du crédit, qui est d'assurer le paiement au porteur du titre.

En résumé, incorporation de la créance dans le titre et non opposabilité des exceptions, tels sont les deux caractères du titre négociable ; ils sont d'ailleurs connexes, car c'est en vue de rendre les exceptions inopposables au porteur qu'a été imaginée l'incorporation du droit dans le titre. Le cessionnaire est censé avoir été *ab initio* créancier du débiteur. Au contraire, dans le transport de créance ordinaire, le cessionnaire n'acquiert la créance que telle qu'elle se comportait dans le patrimoine du cédant, et le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions dont il pouvait se prévaloir contre le cédant.

La catégorie des effets que la loi elle-même permet

de transmettre par la tradition ou l'endossement comprend aujourd'hui : 1° la lettre de change (article 110 et 136 C. com.) ; 2° le billet à ordre (art. 187 C. com.) ; 3° les actes de prêt à la grosse (art. 313 C. com.) ; 4° le connaissement (art. 281 C. com.) ; 5° le chèque (loi du 14 juin 1865, art. 1) ; 6° les récépissés et warrants des magasins généraux (loi du 28 mai 1858, art. 3) ; 7° les lettres de voiture (article 101 C. com.) ; 8° les factures acceptées (art. 109 C. com.) ; 9° les warrants agricoles (loi du 18 juillet 1898 et loi du 30 avril 1906) ; 10° le warrant hôtelier (loi du 8 août 1913). Il est à remarquer que, dans ces deux derniers cas, c'est la loi civile elle-même qui autorise l'emploi de la clause à ordre.

Mais les avantages considérables de cette clause ont conduit la pratique à en étendre l'application à des titres pour lesquels la loi ne l'avait pas exigée : lettres de voiture, police d'assurances, obligations civiles, etc. (Scoffier : *De la clause à ordre, spécialement dans les polices d'assurances*, Thèse, Paris, 1896 ; Debray : *la Clause à ordre*, Thèse, Paris, 1892 ; Champcommunal : *Généralisation de la clause à ordre*, *Annales de droit commercial*, 1897, p. 156). Séduite par la souplesse et la sécurité du mécanisme de la négociabilité des titres à ordre ou au porteur, la pratique a cherché à en étendre l'application à toutes les créances à tous les actes, quels qu'ils soient, contenant une obligation : « Les contractants,

écrit M. Beudant, tenaient à profiter des nombreux avantages de la forme à ordre et de l'endossement : plus de facilités et plus de garanties, moins de frais. Le débiteur emploie une forme qui favorise son crédit, le créancier a entre les mains une valeur qui lui permet, par une négociation prompte et sans frais, de rentrer dans ses fonds » (Note Dalloz, 1878, I, 241). Et il est aujourd'hui nettement établi, d'après une jurisprudence constamment maintenue et consacrée par la Cour de cassation, que des créances d'origine purement civile et créées même entre non commerçants peuvent être stipulées payables à l'ordre du créancier primitif (Cass. civ., 18 janvier 1825, *Sirey chronologique*, C. IV, VIII, 1-19 ; Cass. Req. 11 avril 1849, S. 49, I, 305 ; D. 49, I, 141 ; Cass. civ. 7 mai 1879, S. 79, I, 421 ; D. 79, I, 307 ; Req. 15 mars 1892, S. 94, I, 495 ; D. 93, I, 309 ; Cass. civ. 31 oct. 1906, S. 08, I, 305 ; Lyon, 4 juin 1830, sous Cass. civ. 18 nov. 1833, S. 33, I, 817, D. A. V° *Privilèges et hypothèques*, n° 1267 ; 3° Pau, 25 juin 1836, S. 37, 2, 17, D. A. V° *Effets de commerce*, n° 379, 2°). Les obligations civiles même souscrites entre commerçants peuvent également être stipulées payables au porteur : Cass. Req. 10 nov. 1829, *Sir. Chronol.*, C. IV, XI, 1-380 ; Cass. civ., 15 janvier 1855, S. 55, I, 257, D. 55, I, 5 ; Req. 4 juin 1878, S. 78, I, 404, D. 79, I, 136). Quand il s'agit de créances constatées par acte notarié, si cet acte est retenu en minute, la grosse

du titre joue, à l'image d'un billet privé, ou d'un acte délivré en brevet, le rôle de l'instrument négociable nécessaire pour la réalisation pratique soit de la clause à ordre (Cass. civ. 8 mai 1878, S. 78, 1, 292, D. 78. 1, 241, avec note de M. Ch. Beudant), soit de la clause au porteur (Cass. civ. 9 nov. 1896, D. 97, 1, 16, S. 97, 1, 161, avec note de M. Tissier ; Bordeaux, 22 janvier 1839, S. 39, 2, 258 ; 7 février 1846, S. 46, 2, 321 ; Angoulême, 24 déc. 1850, S. 52, 2, 32 ; Agen, 27 déc. 1875, sous Cass. S. 79, 1, 103).

Cette jurisprudence entraîne comme conclusion nécessaire que les créances dont il s'agit seront pleinement transmises, non seulement entre les parties, mais aussi à l'égard des tiers, par l'endossement porté sur le billet, s'il s'agit d'un billet sous seing privé, ou porté sur la grosse, si la créance est constatée par acte notarié (art. 136 et 137) ; et par la simple tradition soit du billet, soit de la grosse (art. 1141 et 2279), quand ils sont stipulés payables au porteur du titre. C'est, au surplus, ce qui résulte le plus nettement des décisions de jurisprudence précitées.

Cette jurisprudence a, sans doute, été contestée, et on peut citer des solutions en sens contraire et aussi des opinions doctrinales opposées à l'extension de ces clauses en matière civile (Cf. notamment Lyon, 22 mars 1830, D. A. V^o *Saisie-arrêt*, n^o 445-2^o, S. 31, 2, 238 ; Grenoble, 7 février 1835, S. 35, 2, 340 ;

D. A. V° *Effets de commerce*, n° 377 ; Riom, 27 juillet 1875, cassé par Cass. civ., 8 mai 1878 précité, D. 78, 1, 241 ; Limoges, 27 nov. 1845, S. 46, 2, 482 ; tous ces arrêts sont relatifs à des cas de clause à ordre. D'autre part, des auteurs éminents se sont prononcés contre l'extension de ces clauses (voir notamment Laurent, *Principes de droit civil*, t. XXIV, n° 498 ; Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. X, n° 217).

L'étude de la question comporte, à notre avis, l'examen de trois points, qui feront l'objet de trois sections différentes :

1° Examen de la validité de la clause à ordre dans les créances civiles autres que les actes notariés

2° Examen de la validité de la clause au porteur dans les créances civiles autres que celles constatées par actes notariés.

3° De l'extension des clauses à ordre ou au porteur aux créances constatées par acte notarié.

SECTION I. — *Examen de la validité de la clause à ordre dans les créances civiles autres que les actes notariés.*

La jurisprudence décide aujourd'hui que toutes les obligations peuvent être stipulées payables à l'ordre de créancier ; mais cette solution n'a pas été sans soulever de vives objections ; certains civilistes ont soutenu qu'en dehors des cas où la loi autorise la

clause à ordre, un débiteur ne peut se lier qu'envers un créancier certain, déterminé, dénommé et non vis-à-vis d'un inconnu. Les objections formulées par ces auteurs peuvent être rangées en trois groupes.

Un premier groupe affirme d'une façon absolue l'impossibilité de l'extension de la clause à ordre. La volonté des parties contractantes ne pourrait créer un titre à ordre en dehors des cas où la loi a établi la forme à ordre. Cette affirmation se fonde sur le raisonnement suivant : l'article 1690 assujettit l'efficacité des cessions de créance, à l'égard des tiers, à des formalités (signification au débiteur, ou acceptation par lui dans un acte authentique), qui semblent bien être exigées dans un intérêt de crédit analogue à celui qui a fait requérir la transcription des mutations immobilières entre vifs (art. 939 à 941 C. civ ; loi du 23 mars 1855, art. 1 à 3) et supérieur, comme tel, à la fantaisie des volontés particulières ; de telle sorte que la pratique des clauses à ordre ou au porteur, avec les facilités de négociation qui s'y rattachent (endossement, tradition du titre) devrait être réservée aux titres pour lesquels la loi la consacre expressément (tels que lettres de change, billets à ordre, connaissements, chèques, actions de sociétés ; et cette pratique pourrait tout au plus être admise, en vertu des usages du commerce, pour tous les titres de nature commerciale, mais elle ne saurait être étendue aux créances purement civiles. En

d'autres termes, l'article 1690 édicte une règle d'ordre public à laquelle la volonté des parties ne saurait déroger. Le caractère d'ordre public de cette règle vient de ce qu'elle a pour objet d'assurer la publicité de la cession, de transmettre la propriété de la créance au cessionnaire aux regards des tiers. Ces formalités, établies non dans l'intérêt des parties, mais pour la garantie de celui des tiers, sont au-dessus de la volonté des contractants, et le débiteur n'a pas plus le droit de renoncer à l'observation de l'article 1690 que l'acquéreur d'un droit réel immobilier n'aurait le droit de renoncer à la transcription.

En dépit de sa rigueur apparente, cette argumentation, qui aurait contrarié des nécessités pratiques accréditées par un long usage, n'a pas prévalu. La notion d'ordre public est assez imprécise et il ne semble pas qu'elle puisse être invoquée dans la discussion (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1878, p. 705 et 719). D'ailleurs, ni le texte de la loi, ni les travaux préparatoires ne permettent de penser que le législateur a entendu assigner ce caractère aux dispositions des articles 1690 et 1691. En réalité, l'opinion que nous combattons est en contradiction directe avec le principe de la liberté des conventions, auquel la Cour de cassation a entendu donner ici toute sa portée, en déclarant que les dispositions des articles 1690 et 1691 ne sont pas d'ordre public, et peuvent être modifiées par la volonté des

parties créant l'obligation en conformité des besoins pratiques (Cass. civ., 8 mai 1878, D. 78, 1, 241, précité). On a fait observer, d'ailleurs, en s'inspirant de l'histoire des clauses à ordre et au porteur, que le débiteur qui consent à l'insertion de pareilles clauses dans l'obligation, accepte par là même d'avoir pour créanciers les endossataires ou porteurs successifs, conformément à l'exigence formulée par l'article 1690, § 2 : « La clause à ordre, écrit M. Ch. Beudant, a été moins une innovation qu'une application ingénieuse du droit commun ; on admet que l'acceptation du débiteur équivaut à la signification ; mais rien ne limite le temps pendant lequel la formalité peut être remplie ; elle peut l'être après la cession ; elle peut l'être aussi par anticipation. Or, la clause à ordre, quand le débiteur l'a admise, n'est pas autre chose qu'une acceptation anticipée des cessions que le créancier fera de sa créance ; le débiteur, en acceptant que le titre soit à ordre, se lie vis-à-vis de la personne qui sera titulaire, à l'époque de l'échéance, et se regarde d'avance comme ayant reçu signification du transport ou comme ayant accepté le transport ; la convention intervenue écarte l'application de l'article 1690 (Ch. Beudant, *Cours de droit civil français ; la vente et le louage*, 1908, p. 277 ; et aussi Ch. Beudant : Note dans *Dalloz*, 78, 1, 242, col. 2). Au contraire, le débiteur, qui s'engage dans les formes ordinaires, pense que, normalement, le

titre demeurera entre les mains du créancier au profit duquel il s'est engagé ; si celui-ci le cède, il y a là un fait anormal, auquel le débiteur ne s'attendait pas ; c'est pourquoi l'article 1690 a exigé des formalités particulières, afin d'éviter que le cédé, dans l'ignorance de la cession, se libère entre les mains du créancier originaire au détriment du cessionnaire. Mais ce danger n'est nullement à redouter lorsque le débiteur s'est engagé dans la forme à ordre, car il sait qu'il a souscrit un titre négociable, que son créancier peut changer et que c'est seulement entre les mains du porteur ou du bénéficiaire de l'endossement qu'il doit se libérer. Il serait donc superflu de le prévenir par une notification lors de chaque endossement.

On a ajouté que, par l'effet des clauses à ordre et au porteur, et de la forme de négociation qui en résulte pour le titre, les autres tiers, les cessionnaires successifs et les créanciers du cédant, se trouvaient avisés de l'éventualité des transports successifs de la créance, de telle sorte que l'exigence, en plus, des formalités de l'article 1690 constituerait une inutile, gênante et dispendieuse superfétation. Les créanciers du cédant, notamment, ne sont pas plus exposés que le débiteur de la créance : on pourrait, sans doute, songer à la possibilité de dissimulation ou de fraude dont ils seraient victimes de la part d'individus tombés en faillite ou en déconfiture, et qui, grâce à

l'endossement, détourneraient leur actif. Mais il est facile de répondre que l'article 447 du Code de commerce permet d'annuler une cession opérée dans ces conditions par un failli. Quant au cédant tombé en déconfiture, on sait que la loi ne lui interdit de vendre que les objets qui sont sous la main de justice ; il peut donc, en l'absence de saisie, céder sa créance ; on ne voit pas, dès lors, en quoi l'accomplissement des formalités de l'article 1690 améliorerait la situation des créanciers. D'ailleurs en cas de fraude, les débiteurs peuvent recourir, suivant le droit commun, à l'action paulienne de l'article 1167 (Cf. Pascaud, *Revue critique*, article cité ; et Beudant : *Note citée*).

Au surplus, l'arrêt de la Cour de Cassation, Ch. Civ., du 8 mai 1878, précité, a décidé que l'endossement du titre emporte transfert de la créance non seulement dans les rapports du cédant et du cessionnaire, mais même à l'égard du débiteur cédé et des tiers. Cet arrêt contient donc la réponse la plus formelle à l'objection faite, touchant le caractère de l'article 1690 : les dispositions de ce texte ne sont pas d'ordre public, les contractants peuvent y déroger. Aussi est-il permis de conclure, avec MM. Lyon-Caen et Renault, que « rien n'indique, dans l'article 1690, que la règle posée par lui soit impérative. Il est vrai qu'il s'agit de formalités de publicité prescrites dans l'intérêt des tiers ; mais, comme l'exclusion des formalités de l'article 1690 ne peut résulter que de la

forme spéciale donnée aux titres de créance, et que cette forme doit être connue des tiers, leur intérêt est sauvegardé. Les tiers intéressés, dans le sens de l'article 1690, sont les cessionnaires de la même créance, le débiteur cédé, les créanciers du cédant qui veulent former sur la créance une saisie-arrêt. Les cessionnaires et le débiteur cédé connaissent la forme du titre de créance ; les premiers en ont reçu la délivrance et le second a contribué à sa création. Quant aux créanciers du cédant, ils sont avertis par le débiteur auquel ils s'adresseront avant d'opérer la saisie-arrêt. Les formalités de l'article 1690 sont gênantes et coûteuses ; on comprend que les parties veuillent les écarter ; il y a là une véritable nécessité pour elles » (Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. III, n° 98 ; adde : Cas. civ., 7 mai 1879, S. 79.1.421 ; Req. D. 79.1.307 ; Req. 15 mars 1892, D. 93.1.209).

Une autre doctrine, un peu moins absolue, admet seulement l'extension de la clause à ordre aux titres assimilables à la lettre de change et aux billets à ordre, c'est-à-dire aux titres constatant une créance de somme d'argent et à échéance fixe ; cette double condition ferait du titre un véritable billet à ordre dans les termes de l'article 188 du Code de commerce. Par suite, d'après cette opinion, la clause à ordre ne saurait être insérée ni dans une lettre de voiture, parce que l'obligation du voiturier a pour objet

non de l'argent, mais des marchandises ; ni dans une police d'assurance, en raison du caractère éventuel de la créance de l'assuré ; ni dans un titre de créance stipulant des échéances successives (Dubois : *Note Sir.* 1875.1.169 ; Nancy, 9 mars 1872.2.7 ; Trib. civ. Seine, 15 janvier 1890. *La Loi* du 12 février 1890).

C'est là une doctrine manifestement erronée, car la loi admet formellement l'insertion de la clause à ordre dans des titres qui n'ont nullement pour objet des sommes d'argent, tels le connaissement et le warrant. Si la loi a exigé pour certains titres la double condition d'un objet portant sur de l'argent et d'une échéance fixe, c'est qu'elle a voulu leur donner, au point de vue de la circulation fiduciaire et du paiement, un rôle analogue à celui du papier-monnaie. Mais la clause à ordre peut avoir uniquement pour but de faciliter la transmission du titre, et ce but suffit à en autoriser l'emploi (Cass., 7 mai 1878, S. 78. 1. 241).

Enfin, une troisième théorie soutient que l'extension de la clause à ordre n'est valable que dans le domaine des effets de commerce (Ruben de Couder, *Dictionnaire de droit commercial*, V^o *Lettre de change*, Nos 471, 482). Cette théorie se rallie, en principe, à l'opinion qui considère les articles 1690 et 1691 comme contenant une disposition d'ordre public ; par suite les créances civiles ne pourraient être transmises qu'en observant les formalités de ces textes. Au con-

traire, en matière commerciale, où les usages font loi, il dépendrait de la volonté des parties d'adopter un autre mode de transmission; en d'autres termes, il faudrait se référer à la nature civile ou commerciale de l'obligation.

C'est là une distinction dénuée de fondement ; en effet, ou bien les articles 1690 et 1691 sont impératifs ; ou bien ils n'ont pas ce caractère. S'ils ont un caractère impératif, aucun usage, même commercial, ne peut leur faire échec ; leur empire régit aussi bien les créances commerciales que les créances civiles (Cf. Lyon-Caen et Renault, t. III, n° 98). C'est ce qu'à très justement reconnu la Cour de Paris : « Attendu, décide-t-elle, que, pour résoudre la difficulté, il est inutile de rechercher si une police d'assurance est un acte de commerce ou un acte civil ; qu'en effet la voie de l'endossement n'est pas un mode de transmission des créances exclusivement réservé au commerce, puisque la loi admet dans les billets à ordre le caractère civil comme le caractère commercial » (Paris, 2 avril 1879. D. 79. 2. 130).

Les particuliers sont donc libres de créer, à leur gré, des titres négociables et d'y incorporer des créances quelconques. Par ce moyen, les créances civiles, sous forme de créances à ordre, participent au crédit des effets de commerce ; en introduisant la clause à ordre dans un titre de créance, les parties veulent substituer aux principes du droit civil les

règles, plus commodes, du droit commercial, qui sont spéciales aux créances à ordre. Le principe de la liberté des contrats conduit à décider que les non commerçants ont parfaitement le droit d'user de ces règles, qui, de prime abord, paraissaient faites pour les seuls commerçants ; or, quand ils en usent, ils cessent d'être régis par les dispositions du Code civil, Au surplus, la loi elle-même semblait ouvrir la porte à une large admission de la clause à ordre, en admettant l'endossement des billets à ordre non exactement conformes au type légal (Cf. la Note de M. Ch. Beudant dans *Dalloz*, 78. 1. 243, col. 1) et l'opinion contraire a abandonné, sous la pression des faits, le caractère d'ordre public qu'elle prétendait assigner aux dispositions de l'article 1690, en généralisant les clauses à ordre ou au porteur dans la pratique commerciale, sur la simple foi d'un usage, qui serait assurément impuissant à contredire une règle vraiment impérative de la loi (Voir Lyon-Caen et Renault, t. III, *op. cit.*, n° 98).

Bref, tout le mouvement des idées et des besoins modernes a abouti à faire prévaloir ici une interprétation large et pratique, qui a décidément rallié la majorité des auteurs (Aubry et Rau, § 359 *bis*, texte et notes 24 *bis*, 24 *ter* et 25, 5° éd., p. 212 ; Pascaud, *Revue critique*, 1878, p. 705-719 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. III, n° 98 ; t. IV, n° 156 ; Thaller, *Traité élémentaire*

de droit commercial, nos 1337-1343 ; Lacour, *Précis de droit commercial*, 1912 n° 1347 ; Beudant, note Dalloz, 78, 1, 241 et *Cours de droit civil français* ; la *Vente et le Louage*, 1908, n° 378 ; Guillaud, *Traité de la vente et de l'échange*, t. II, n° 792 ; Beaudry-Lacantinerie et Saignat, *De la Vente*, n° 801 ; Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, nos 1620, 2671. 3061 ; Ambroise Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 1915, p. 933, et 996, note 1 ; Surville, *Eléments d'un cours de droit civil français*, t. II, 1911, n° 1051 ; Tissier : note *Sirey*, 97, 1, 181).

SECTION II. — *Examen de la validité de la clause au porteur dans les créances civiles autres que celles constatées par actes notariés.*

Les arguments ci-dessus présentés en faveur de la validité de l'extension de la clause à ordre aux créances civiles s'appliquent de tout point à la clause au porteur ; cette dernière procure aux titres la facilité maxima de circulation : en effet, le souscripteur d'un semblable titre s'engage à payer une somme d'argent entre les mains de celui qui, à l'échéance indiquée sur le titre, le lui présentera. L'avantage du titre au porteur, c'est que la simple détention du titre entraîne présomption de propriété ; il suffit donc d'une tradition manuelle pour que la présomption de propriété passe sur la tête d'autrui ; la cession

de la créance se confond avec la remise de ce titre : le vrai créancier, c'est le porteur ; celui-ci ne pourra d'ailleurs se voir opposer aucune exception fondée sur le titre juridique qui liait le débiteur au créancier originaire. Le titre au porteur va donc produire en principe les mêmes effets que le titre à ordre, et la jurisprudence a validé cette stipulation (voir *infra*).

Ces billets, déjà répandus dans l'ancien droit, se sont heurtés, par moments, — nous l'avons constaté dans l'historique, — à la résistance du législateur. A une certaine époque l'ancien droit prit une attitude hostile à leur endroit. Au ^{xvii}^e siècle, on considérait comme dangereux de s'engager par billets au porteur en raison de la facilité offerte par ces titres pour déguiser une opération d'usure, que le créancier faisait avec plus de sécurité quand son nom ne passait pas dans l'acte. Aussi ces billets furent-ils prohibés par des arrêts du Parlement de Paris des 16 juin 1611 et 26 mars 1624 (Pothier, *Traité du change*, n^s 223 et 224). Un peu plus tard, les billets au porteur furent interdits pour un autre motif, par un Edit de mai rendu sous la Régence ; il s'agissait alors d'empêcher toute atteinte au monopole accordé à la Banque de Law, d'émettre des billets au porteur et à vue.

Mais les mœurs étaient plus fortes que la prohibition ; on ne pouvait lutter contre l'usage des titres au porteur, et une déclaration Royale du 21 janvier

1721 mit fin à l'interdiction dont ils était frappés : « Désormais tous négociants et marchands ayant souscrit des billets au porteur en paiement de marchandises seront contraignables par corps au paiement ».

Depuis cette époque leur validité ne fut plus contestée que sous la Convention, et, plus tard, après la promulgation du Code civil, par quelques rares civilistes. En effet, la Convention, pour remédier au déficit, avait créé des assignats, et pour éviter la concurrence qu'auraient pu leur faire les billets au porteur mis en circulation par les collectivités ou les particuliers, elle défendit par un décret du 8 novembre 1792, « aux Corps administratifs, aux Compagnies et aux particuliers, de souscrire ou d'émettre des billets au porteur », sous la menace des pénalités portées contre le faux monnayage. Mais cette prohibition fut de courte durée et le Décret du 25 thermidor an III ne tarda pas à reconnaître la validité des billets au porteur ; il décida que « dans la prohibition de souscrire et de mettre en circulation des effets et des billets au porteur n'était pas comprise la défense de les émettre, lorsqu'ils n'auraient point pour objet de suppléer ou de remplacer la monnaie ; en conséquence, ajoute le Décret, il est permis de souscrire et de mettre en circulation de gré à gré des billets au porteur, comme par le passé ». Il résultait donc de ce texte que, à la seule condition de

n'être pas destinées à tenir lieu de papier-monnaie, en vue de maintenir le monopole créé pour les billets de banque par le Décret du 8 novembre 1792, article 22, les émissions de tous effets au porteur étaient autorisées. Le Décret de thermidor, conformément à la législation antérieure, ne distinguait nullement entre les billets au porteur émis par des particuliers et les autres et cette disposition a été maintenue par des lois postérieures.

Depuis cette époque, l'emploi du titre au porteur a donc été possible, au profit des particuliers, pour constater leurs créances, en dehors du domaine du droit commercial et des actions ou obligations des sociétés industrielles. Aucune prohibition n'a jamais été portée ni dans les lois ultérieures, ni dans les textes précités, relativement à l'adaptation de la forme au porteur à la constatation des créances civiles entre non commerçants. Dès lors, il n'y a aucun motif de douter de la validité de la clause au porteur dans les créances et les billets non commerciaux. Le billet au porteur conçu dans la forme suivante : « Bon pour 100 francs, payable au porteur à telle date », ou « payable à telle date », ou « bon pour telle somme », est parfaitement valable. L'emploi des termes « au porteur » n'a rien de sacramentel et l'on peut se servir de toute formule analogue (Riom, 17 déc. 1840, *Journal du Palais*, 1846, t. II, p. 693).

Dans la pratique, la clause au porteur adaptée

aux créances civiles se rencontre surtout dans les polices d'assurances maritimes et terrestres (assurances sur la vie); elle y est toutefois moins fréquente que la clause à ordre. On rencontre aussi des constitutions d'hypothèques faites au profit du porteur de la grosse. Le montant de la créance garantie par l'hypothèque est déclaré payable au porteur, et l'hypothèque est constituée au profit du porteur, afin de suivre le sort de la créance et de passer avec elle de mains en mains.

D'une manière générale, la validité des billets au porteur n'a jamais été sérieusement mise en question depuis le Code civil (Merlin, *Questions de droit*, V^o *Porteur*); Merlin déclarait déjà que la forme de ces billets n'a par elle-même rien d'illicite. L'effet d'une pareille obligation ne pourrait être neutralisé que par une loi qui la prohiberait formellement. En dehors de toute loi de ce genre; et, d'autre part, l'article 1690 n'ayant à aucun degré le caractère d'une disposition d'ordre public, le principe de la liberté des conventions reprend son empire. Aussi la jurisprudence n'a-t-elle jamais hésité à admettre la validité des titres de créance civile rédigés dans la forme au porteur; la Cour de Rennes (arrêt du 26 août 1815, *Sirey chronologique*), reconnaît la validité d'un billet rédigé de la manière suivante : « Bon pour 300 francs. Signé X. » Et elle déclare qu'il s'agit là d'un billet au porteur. La Cour

suprême (Ch. des Req., 10 nov. 1829, *Sir. chron.*, G., 4-380), décide que les billets au porteur constituent des engagements valables pour ceux qui les ont souscrits et elle fonde cette décision sur le décret du 25 thermidor, an III. Plus récemment, un arrêt de la Cour de Paris, du 22 mai 1895 (S. 96,2,251) invoque, à son tour, le même décret dans le sens de la validité des billets au porteur.

Le billet au porteur est valable, même s'il ne mentionne pas la cause de la créance pour laquelle il a été souscrit ; il ne saurait y avoir de doute à cet égard, car d'une façon générale, l'article 1132 n'exige pas la mention de la cause dans les billets, et il n'y a pas lieu de se montrer plus sévère pour le billet au porteur qu'à l'égard d'un autre titre de créance (Cass., 28 oct. 1885, D. 86,1,69 ; Trib. civ. Seine, 11 mai 1903, *Gaz. Trib.*, 1903, 2^e semestre, 2,455). La jurisprudence s'affirme encore plus libérale et elle admet que le billet au porteur est valable, même quand il ne mentionne pas de date d'échéance. Les magistrats n'hésitent pas, en conséquence, à accepter la validité d'un billet au porteur dont la rédaction est réduite au minimum, d'après les termes suivants : « Bon pour 1.000 francs. Signé : X » (En ce sens ; Pau, 6 avril 1886, D. 86,2,230).

Mais, si le billet au porteur est valable alors même qu'il ne porte aucune date d'exigibilité, ne devient-il pas dans ce cas assimilable à un billet de banque,

puisqu'il est payable à vue ? Ne vient-il pas ainsi porter atteinte au privilège de la Banque de France, en violant à la fois les dispositions du décret du 25 thermidor, an III, et, relativement au monopole de l'émission des billets de banque, la loi du 24 germinal, an XI ? Dans la forme, en effet, le billet de banque et le billet au porteur émis par un particulier présentent une ressemblance incontestable, au moins lorsque le billet émis par le particulier ne mentionne pas la date de l'échéance, c'est-à-dire est à vue. Mais la jurisprudence a toujours écarté ce raisonnement, et elle a relevé très exactement les différences qui séparent le billet de banque et le billet émis par un particulier sans date d'exigibilité. Le billet de banque, d'après la jurisprudence, ne peut contribuer au rôle de monnaie que s'il remplit trois conditions qui constituent ses traits caractéristiques : il doit : 1° être au porteur ; 2° être payable à vue. Jusqu'ici, il n'y a aucune différence entre les billets au porteur émis par les particuliers et ceux émis par la banque de France. Mais : 3° (avantage dont est dépourvu le billet signé à vue par un particulier), le billet de banque conserve indéfiniment sa valeur, et il échappe à toute prescription. Quelle que soit la longueur du délai écoulé depuis son émission, la Banque ne peut refuser le remboursement du billet (réserve faite du cours forcé), car il n'est pas destiné à relater une opération juridique inter-

venue entre la Banque et son client ; il constitue une monnaie émise par la Banque et circulant en représentation d'abord de son encaisse, puis de son portefeuille. Tandis qu'un billet au porteur souscrit par un particulier a été créé en vue d'une opération spéciale et déterminée, intervenue entre ce particulier et son créancier. Le souscripteur s'est reconnu débiteur et a reconnu par avance sa dette envers la personne qui lui présentait le billet ; dette qui est prescriptible, soit par la prescription de trente ans, soit par une prescription plus courte. Par conséquent, si le débiteur peut prouver, d'une façon quelconque, que plus de trente ans se sont écoulés depuis la naissance de sa dette, celle-ci se trouve éteinte ; le billet de banque, au contraire, est imprescriptible (Rouen, 7 déc. 1844, S. 45,2,19 ; Pau, 6 avril 1886, D. 86,2,230, S. 88,2,14 ; Bourges, 1^{er} juin 1910, S. 10,2,216 ; Cf. Cas. civ., 18 déc. 1850, première espèce, 51,1,167) ; ce dernier arrêt établit, dans les termes suivants, la différence qui sépare le billet au porteur du billet de banque : « Ce qui distingue le billet de banque du billet commercial ou non, souscrit au porteur, c'est que le premier ne constate pas une opération juridique, tandis que le second est constitué à la suite d'une opération spéciale déterminée, dont il représente l'importance. » La confusion est d'ailleurs moins possible encore lorsque le billet au porteur, payable à vue, porte intérêts jusqu'au paiement.

Ainsi, d'après la jurisprudence, le motif pour lequel les billets au porteur, même payables à vue, se différencient nettement des billets de banque et ne sauraient porter atteinte au privilège de la Banque de France, c'est que leur création se rapportant à une opération spéciale et déterminée, ils ne peuvent être considérés comme un papier-monnaie qui serait émis par une maison de banque, d'autant plus que la signature qui y est apposée n'est connue que dans un rayon limité et ne saurait inspirer la même confiance que celle d'un grand Etablissement de crédit.

Mais, si le billet au porteur est valable bien que payable à vue, n'implique-t-il pas au moins la nécessité de porter une date d'émission pour que la prescription puisse commencer, à courir ? Le Tribunal de la Seine a, en effet, formulé cette exigence par un jugement du 11 mars 1900 (*Gaz. Trib.*, 1909, 2^e semestre, 2. 354). Mais la jurisprudence ne se montre pas, en général, si rigoureuse : le billet au porteur garde toute sa validité, alors même qu'il ne porterait pas de date initiale, sous réserve des difficultés de preuve auxquelles se heurtera en fait le débiteur, lorsqu'il s'efforcera d'établir, — en vue d'invoquer, par exemple, la prescription, — la date de l'émission pour démontrer la date de l'opération initiale. Ainsi, un billet conçu dans cette forme : « Bon pour 100 francs. Signé X », ne contrevient nullement aux lois, parce que, si simplifié qu'il soit, il ne saurait

jouer le rôle d'un billet de banque (il est prescriptible et ne peut circuler que dans un rayon limité) : (Riom, 17 déc. 1844, S. 45. 2. 219 ; Paris, 26 avril 1890, *Annales de droit commercial*, 1890, p. 183 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. I, n° 1415).

C'est dans le mode de transmission que réside la supériorité du billet au porteur, et sa généralisation aux créances civiles s'explique par ce motif-là et aussi par la règle de l'inopposabilité des exceptions dont il bénéficie. Il a toujours été admis que la transmission du billet au porteur s'effectuait de la main à la main, par simple tradition, sans qu'il soit besoin d'une signification au débiteur et de l'observation des formalités de l'article 1690. Cette solution a été consacrée dès l'époque intermédiaire ; un jugement du tribunal de Cassation (Section civile), du 2 nivôse an XII, contient implicitement cette solution, qui se trouve confirmée par les arrêts suivants : Bordeaux, 28 janvier 1816 ; *Sir. chron.* ; Cass. civ., 15 janvier 1855, S. 55.1. 257, D. 55. 1. 5 ; Paris, 22 mai 1895, S. 96. 2. 251 ; Cass. civ. 9 nov. 1896, S. 97. 1. 161. Note de M. Tissier ; 31 oct. 1906, S. 08. 1. 305. Note de M. Lyon-Caen.

La doctrine a reconnu aussi depuis longtemps la validité des billets au porteur, et elle a admis qu'il y avait là une brèche importante au principe formulé dans l'article 1690. Dès lors, les auteurs étaient bien

obligés d'admettre la régularité de la transmission, opérée par simple tradition, d'une créance présentant cette forme. Il est même assez curieux de remarquer que l'adoption de la clause au porteur, pour les créances civiles, n'a jamais soulevé les mêmes difficultés que l'extension de la clause à ordre ; Merlin le constate dans ses *Questions de droit*, V^o Porteur. « Il est de l'essence d'un billet au porteur, écrit-il, d'être transmissible par la simple tradition manuelle, C'est si vrai que, quand même il y aurait transport exprès en sus de la tradition manuelle, ce transport exprès serait surrogatoire » ; et il cite à l'appui un arrêt rendu par la Cour de Bruxelles le 8 juin 1825. Le 3 décembre 1820, une personne avait acheté une propriété, et, en paiement du prix, elle avait, sur l'ordre du vendeur, souscrit un billet à un créancier de ce dernier : « Je soussigné m'engage à payer à X., ou à quiconque sera porteur de la présente obligation, la somme de... » Le 3 décembre 1820, le créancier du billet inscrit au bas du titre une mention par laquelle il déclare le transporter à un tiers cessionnaire. Puis, en janvier 1825, avant l'échéance, le débiteur offre au créancier de le payer ; celui-ci accepte, et le débiteur effectue son paiement, sans avoir la précaution d'exiger en retour la remise du billet qui contenait son engagement. A l'échéance, le cessionnaire demande au débiteur le paiement du billet ; celui-ci s'y refuse, déclarant

qu'il en avait déjà versé le montant au cédant ; il ajoute que la cession au tiers, ne lui ayant pas été signifiée conformément à l'article 1690, est sans effet par rapport à lui. Le Tribunal de Charleroi accueillit cette argumentation ; mais son jugement fut infirmé par la Cour de Bruxelles ; s'agissant d'une créance constatée dans la forme au porteur, déclare l'arrêt, le transport est valable par la transmission de la main à la main, et le débiteur n'est pas fondé à opposer au porteur actuel le paiement fait par lui au premier détenteur du titre. Ainsi apparaît le second avantage de l'emploi du billet au porteur : l'opposabilité au porteur actuel du billet des exceptions dont le débiteur pouvait se prévaloir au regard du créancier originaire. Dans le même sens, voir les arrêts de la Cour de cassation en date des 9 novembre 1896 et 31 octobre 1906, précités.

Il résulte donc de toute cette jurisprudence, comme de la presque unanimité de la doctrine, que l'emploi de la clause à ordre ou de la forme au porteur est valable aussi bien pour les créances civiles que pour les créances commerciales ; l'article 1690 n'est applicable qu'aux créances à personne dénommée :

SECTION III. — *De l'extension des clauses à ordre ou au porteur aux créances constatées par acte notarié.*

Si l'emploi des clauses à ordre et au porteur est valable d'une manière générale, relativement aux créances civiles au profit de non commerçants, il n'y a pas de raison d'en refuser l'extension aux obligations constatées par acte authentique. Le fait que les parties veulent assurer à leur contrat le caractère authentique ne saurait mettre obstacle à leur droit de bénéficier de l'emploi des clauses à ordre ou au porteur, car aucune disposition légale n'en prohibe l'usage dans les actes notariés. Pratiquement, l'emploi des clauses dont il s'agit dans les actes notariés se réalisera de la façon suivante : l'obligation à ordre ou au porteur pourra être reçue, comme toute autre obligation, soit en minute soit en brevet.

Pour la clause à ordre, si l'acte est délivré en brevet, c'est-à-dire si l'original est remis aux parties, l'endossement se fera par une mention portée sur l'original ; si l'acte est retenu en minute, les endossements successifs seront mentionnés sur la grosse.

Si l'obligation contient la clause au porteur, elle mentionnera la reconnaissance de la dette souscrite par l'emprunteur au porteur de la grosse de l'acte ou du brevet, l'acceptation par le prêteur et premier porteur du titre, l'engagement assumé par le débiteur.

de rembourser la créance au porteur de la grosse ou du brevet. En outre, le notaire rédacteur mentionnera que la créance se transmettra par la simple remise de la grosse ou du brevet, sans qu'elle ait besoin d'être constatée par aucun endos, ni d'être signifiée au débiteur, cette remise emportant de plein droit subrogation au profit du porteur dans tous les droits et hypothèques attachés à la créance et notamment dans l'effet de l'inscription à prendre. Par la suite, l'endossataire ou le porteur, suivant que l'obligation est à ordre ou au porteur, pourra se désister de l'hypothèque et donner mainlevée de l'inscription sans autre formalité que l'énonciation, dans la mainlevée, de la représentation de la grosse ou du brevet au notaire, et de la mention de cette mainlevée portée par celui-ci.

La jurisprudence a toujours validé la pratique des stipulations « payable à l'ordre de... », ou « au porteur », dans les obligations notariées (Voir, pour la clause à ordre : Cass., 8 mai 1878, S. 78, 1, 292, D. 78, 1, 241, note Ch. Beudant ; pour la clause au porteur : Bordeaux, 22 janvier 1839, S. 39, 2, 258 ; 7 février 1849, S. 46, 2, 321 ; Angoulême, 24 déc. 1850, S. 52, 2, 32 ; Agen, 27 déc. 1875, S. 79, 1, 103 (sous Cass.) ; Cass. civ. 9 nov. 1896, S. 97, 1, 161, note de M. Tissier). Le motif qui domine tous ces arrêts est que, aucune disposition de loi n'ayant prohibé l'usage de telles clauses, leur validité et leur

efficacité doivent être reconnues, sans distinguer suivant que les dites clauses se trouvent insérées dans un acte en brevet ou qu'elles sont inscrites sur la grosse.

Cependant un éminent civiliste, M. Ch. Beudant, a soutenu que « l'extension donnée à l'usage de la clause à ordre dépasse manifestement les prévisions du législateur » (d'ailleurs, dans l'esprit de M. Beudant, la même objection pourrait être formulée contre l'extension de la clause au porteur). D'après l'auteur du *Cours du droit civil français*, l'usage des stipulations dont il s'agit devrait être restreint aux seuls actes dressés en brevet : « En fait, écrit M. Beudant, (note, Dalloz, 78, 1, 243 et 244), dans les effets négociables, le droit se confond avec l'écrit qui le constate, la cession du droit avec la remise du titre ; c'est pour cela que l'endossement doit être mis sur le titre lui-même et ne peut être admis par acte séparé ; c'est pour cela également que la quittance, sans la remise du titre, serait inefficace. Le titre porte donc inévitablement la trace des transmissions dont le droit a été l'objet, et alors il n'y a plus à craindre que les débiteurs soient exposés à payer, sans le savoir, aux mains de qui n'est pas créancier, ou que le créancier puisse tromper un cessionnaire en lui transmettant un droit déjà transmis à un autre. Par suite, il est tout naturel que l'acceptation ou la signification cesse d'être exigée ; la dérogation au droit

commun, telle qu'elle résulte des articles 1690 et 1691 du Code civil, n'a aucun inconvénient. Il en est de même quant aux créances civiles constatées par acte sous seing privé ; il en est de même encore quant aux mêmes créances passées par acte notarié délivré en brevet ; mais la situation change complètement quand il s'agit d'obligations notariées par acte rédigé en minute. L'endossement, dans ce cas, est écrit au bas ou au dos de la grosse qui circule ; il peut alors arriver que le débiteur ou ses héritiers paient sur la minute au créancier originaire, ignorant la cession intervenue, que rien n'a portée à leur connaissance. La dérogation au droit commun devient alors périlleuse. Il est vrai que le débiteur ou ses héritiers auraient alors un moyen d'éviter le danger qui les menace : ce serait, sachant ou devant savoir que la créance est à ordre, d'exiger, lors du paiement, la remise de la grosse. Mais il arrivera souvent qu'ayant stipulé cette remise, on ne veillera pas à ce qu'elle soit effectuée, et le débiteur, qui se sera libéré aux mains du créancier originaire, dans l'ignorance de la cession, se trouvera encore obligé au regard du cessionnaire porteur de la grosse ». Dès lors, conclut M. Beudant, il serait préférable de limiter la cession, par endossement, des créances civiles constatées par acte authentique, aux actes notariés reçus en brevet.

Une autre objection, plus sérieuse, que l'on peut

diriger contre l'opinion validant l'emploi des clauses à ordre, ou au porteur de la grosse, apposées à un acte d'obligation retenu en minute, se tirerait de l'article 844 du Code de procédure, qui, dans des circonstances exceptionnelles, permet, sur une ordonnance du Président du Tribunal, d'obtenir la délivrance d'une seconde grosse. Il est clair, en effet, que pareille délivrance contrarierait le jeu régulier des négociations du titre en risquant de constituer deux porteurs également investis de la créance, et pouvant obliger le débiteur à payer deux fois. C'est surtout pour ce motif que M. Ch. Beudant proposait de restreindre l'usage des clauses dont il s'agit aux actes en brevet.

Toutefois, cette restriction n'a pas été généralement acceptée. D'abord, M. Beudant reconnaît lui-même que le débiteur, qui paie sur la minute au créancier originaire, (alors que l'endossement est écrit au bas ou au dos de la clause qui circule), n'aura qu'à exiger la remise de la grosse lorsqu'il effectuera le paiement. D'autre part, la faculté exceptionnelle d'obtention d'une seconde grosse, consacrée par l'article 844 du Code de procédure, dépend de l'appréciation discrétionnaire du Président, qui ne doit ordonner pareille délivrance qu'à bon escient et après s'être fait rendre compte des raisons et des circonstances qui en peuvent légitimer la demande. (Voir Garsonnet, *Traité de Procédure*, § 1230). Or la

présence de la clause à ordre ou de la clause au porteur, signalée par la minute de l'acte, ne pourra qu'éveiller davantage encore l'attention du Président et l'engager à multiplier les précautions pour échapper aux dangers de la circulation simultanée de deux grosses, pourvues des mêmes conditions de négociabilité. Le danger redouté ne semble donc pas de nature à se présenter réellement dans la pratique et l'on doit admettre la validité des clauses à ordre ou au porteur dans les actes notariés retenus en minute, aussi bien que dans ceux rédigés en brevet.

Telle est en tout cas la doctrine incontestable dont s'inspire délibérément, et sans laisser place au doute, la jurisprudence constante de la Cour de cassation indiquée plus haut ; jurisprudence d'où il résulte que la clause « payable à l'ordre de... » ou « payable au porteur de la grosse », insérée dans l'acte notarié retenu en minute qui constate une obligation, est valable et permet de négocier la créance, *ergà omnes*, par la simple tradition du titre, puisqu'elle autorise à recevoir paiement tout porteur de la grosse, dont on ne pourrait, par des preuves précises denier la bonne foi, celle-ci suivant les principes consacrés en matières de meubles corporels, se trouvant ici également présumée (Cass. civ., 15 avril 1863, S. 63, 1, 387, D. 63, 1, 396 ; Req., 14 février 1877, S. 78, 1, 72, D. 77, 1, 320).

Enfin l'application de ce principe doit être faite à

tous les actes notariés, quelle que soit la nature de la créance qu'ils constatent. En fait, la plupart des arrêts ont été rendus à l'occasion d'espèces où il s'agissait d'actes relatant des prêts d'argent : mais ces décisions sont conçues en termes généraux, et, vu la portée générale des motifs sur lesquels elles s'appuient, elles valent pour toutes les créances constatées par acte notarié. Ainsi un jugement du tribunal d'Angoulême du 24 décembre, 1850, sous Bordeaux, 18 mars 1852, S. 52. 2. 321 (S. 52, 2, 321), a déclaré valable une cession de fermages à échoir, consentie au porteur par acte notarié ; on sait en effet que la question de la validité des clauses à ordre et au porteur ne touche en aucune manière à l'origine ou au contenu de la créance et ne concerne que la transmission de celle-ci.

Il reste à examiner une difficulté qui, dans la pratique, se présentera principalement à l'occasion des actes notariés, car c'est surtout dans la forme authentique que sont rédigés les actes suscitant cette difficulté : il s'agit de l'emploi des clauses à ordre ou au porteur en matière de contrats synallagmatiques, de contrats de vente, par exemple. On conçoit fort bien l'emploi de ces clauses en vue de constater les obligations unilatérales, des prêts d'argent, par exemple. C'est surtout dans des hypothèses de ce genre, les plus fréquentes en fait, que la jurisprudence a été appelée à statuer. Mais l'emploi de la

forme négociable serait-il licite relativement aux actes synallagmatiques, où chacune des parties contractantes est à la fois créancière et débitrice ? La réponse affirmative ne saurait faire de doute. Si l'on prend comme base ferme la jurisprudence précitée, et la doctrine solidement assise, il ne semble pas douteux qu'il faille en étendre le bénéfice à la stipulation « Payable à l'ordre de... », ou Payable au porteur de la grosse », appliquée, par exemple, à la créance du prix d'une vente d'immeuble constatée par acte notarié. Il importe peu que la plupart des décisions de jurisprudence rapportées plus haut aient été rendues à propos d'actes d'obligations à raison de prêt d'argent. La raison en est que cette hypothèse s'est présentée jusqu'ici comme la plus fréquente en pratique ; mais les décisions formulées par les arrêts sont absolument générales, et les motifs qui les appuient, comme toutes les raisons discutées à ce sujet par les auteurs, valent pour toutes créances, quels qu'en soient le contenu ou l'origine. Nous avons cité d'ailleurs un jugement d'Angoulême, du 24 décembre 1850, qui a validé une concession de fermages à échoir consentie au porteur par acte notarié. Par conséquent le fait de la créance d'un prix de vente est stipulée négociable par endossement sur la grosse (voir, à ce sujet : Limoges, 27 nov. 1845, S. 46, 2, 482, D. 47, 2, 37 ; solution contraire pour des raisons spéciales), ou

payable au porteur de la grosse, ne saurait engendrer la nullité de la transmission de cette créance pour inobservation des formes de l'article 1690. En effet, la portée de la jurisprudence et de la doctrine ci-dessus relatées consiste précisément à permettre de suppléer aux exigences de l'article 1690 par l'endossement ou la tradition du titre, quand il est rédigé dans la forme d'un titre négociable.

Cela posé, il suffit de passer en revue et d'examiner successivement les objections qui peuvent se présenter à l'esprit, et qui ont en effet préoccupé certains auteurs, pour aboutir à constater la légitimité de l'admission de la stipulation (« Payable à l'ordre de... » ou « Payable au porteur de la grosse ») en matière de créance notariée de prix de vente payable à terme :

1^o L'objection qui paraît la plus sérieuse se tire du caractère *synallagmatique* du contrat de vente. Si l'on cherche à la ramener à une formule juridique, il semble qu'elle consiste à dire que le vendeur, n'étant pas seulement créancier, mais en même temps débiteur de l'acheteur, ne peut se défaire de sa créance qu'au profit d'un tiers qui assumerait ses responsabilités ; ce que ne pourraient réaliser l'endossement, ni la simple tradition du titre faite en vertu d'une clause (« Payable au porteur de la grosse »).

Mais on aperçoit, de suite, que cette objection

prouverait trop, car, si on la tenait pour fondée, elle exclurait le transport de toute créance issue d'un contrat synallagmatique, notamment de la créance du prix de vente, même avec les formalités de l'article 1690 ; attendu que ces formalités, et principalement la première, la signification au débiteur, demeurent manifestement impuissantes à imposer au cessionnaire de la créance les responsabilités correspondantes du cédant. Et pourtant personne ne doute que les créances du prix de vente ne puissent être et ne soient fréquemment transférées. Si l'on y regarde de plus près, on se rend compte que l'objection proposée repose sur une équivoque, qu'il n'est pas malaisé de dissiper. Dans la situation juridique du vendeur, il y a deux faces distinctes, d'une part, la face active, représentée par la créance du prix avec les droits accessoires qui la renforcent ; d'autre part, la face passive, consistant dans les engagements et responsabilités du vendeur envers l'acheteur. Or, s'il peut céder sa créance et ses droits (côté actif) à qui bon lui semble, en réalisant cette cession, suivant la forme de son titre, soit par les formalités de l'article 1690 (ou par subrogation de l'art. 1250-1^o), soit par endossement (en cas de clause à ordre), soit même par simple tradition (en cas de clause au porteur), le vendeur ne saurait, même avec les formalités de l'article 1690, transporter ses engagements et responsabilités (côté passif), au moins sans l'agrée-

ment positif de l'acheteur, son créancier réciproque, attendu que, si l'on cède librement ses créances, on ne peut céder ses dettes en dehors de l'assentiment du créancier (voir Gaudemet, *Etude sur le transport des dettes à titre particulier*, Thèse, Dijon, 1898 ; Planiol, *Traité de droit civil*, t. II, n° 395, 6^e édit. : Ambroise Colin et Capitant, *Cours de droit civil français*, t. II, p. 174).

Et l'on ne devra assurément pas supposer, à défaut d'expression d'une volonté formelle en ce sens, que, par le seul fait d'avoir laissé insérer dans l'acte de vente la stipulation du prix « Payable au porteur de la grosse », l'acheteur ait consenti à une substitution des porteurs successifs au vendeur (ou des endossataires successifs dans une clause à ordre), quant aux obligations passives de celui-ci à son égard. Tout ce qui résulte de là, c'est que, si le porteur de la grosse est, par la tradition de cet instrument à lui faite, investi des droits du vendeur, ce dernier reste tenu envers l'acheteur des engagements et responsabilités qu'il a contractés, telles que délivrance, garantie, etc. : et il se peut que l'inexécution de ces obligations qui lui incombent, en tant qu'elle influerait sur le maintien du contrat, et, par exemple, le ferait résoudre pour inexécution (art. 1184, 1630, 1653, C. civ.), réagisse contre la créance du prix aux mains du porteur de la grosse, ou de l'endossataire. Mais ce résultat éventuel n'empêche pas que

le porteur ou l'endossataire soit devenu créancier du prix, au lieu et place du vendeur, par la tradition du titre ou de l'endossement.

Au surplus, les mêmes conséquences se produisent à la suite de toute cession d'une créance provenant d'un contrat synallagmatique, eût-elle été réalisée par les formes de l'article 1690. C'est ce qu'a bien expliqué M. Huc, (*Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. X, 1897, n° 207, p. 277), en un passage qui résumera l'argumentation précédente : « Dans les rapports synallagmatiques, où chacune des parties est créancière et débitrice, il y a, de part et d'autre, un entrecroisement réciproque de créances et d'obligations multiples formant, pour chaque partie, un tout, un ensemble distinct. C'est cet ensemble qui n'est pas cessible ; néanmoins il convient de remarquer que cet ensemble n'est pas le moins du monde indivisible ; rien de plus facile, au contraire, que de le décomposer pour en séparer nettement les éléments actifs et passifs qui le constituent. Les éléments actifs sont les chefs de demande distincts qui pourront faire l'objet d'une cession, les éléments passifs demeurant incessibles. Mais, si les parties ont considéré le tout comme indivisible, la cession de ce tout est impossible, parce qu'elle ne pourrait avoir lieu qu'en transférant une dette, ce qui ne se peut pas ». En fait, il est clair que, dans la plupart des cas, les parties n'entendent faire passer au por-

teur de la grosse ou à l'endossataire, que la créance et les droits du vendeur, en laissant celui-ci grevé de ses obligations envers l'acheteur. Leur volonté se réalisera donc sans obstacle juridique.

2° Toutefois, une seconde objection, moins spéciale peut-être que la précédente, mais plus subtile et plus fine, s'impose à l'attention au moins pour le cas de stipulation « payable au porteur ». Elle consiste à dire que le vendeur, dont le droit au prix a pour cause le transfert de propriété qu'il consent à l'acheteur, ne peut de son chef et sans cause juridique nouvelle, se transformer par sa seule volonté, unie à celle de l'acheteur, en un porteur de grosse ; de telle sorte que, pour réaliser pratiquement l'objet de la clause au porteur, il faudrait l'intervention à l'acte d'un premier porteur, distinct du vendeur, et se substituant à celui-ci par un acte de cession ou de subrogation soumis au droit fiscal de 1 fr. 25 o/o.

Si cette objection n'est pas, sous une autre forme, la réédition de la précédente, elle méconnaît absolument la nature juridique de l'opération voulue par les parties, et la portée de la jurisprudence qui la consacre. En effet, tant que la grosse de la vente reste aux mains du vendeur primitif, la clause au porteur ne joue pas son rôle. Elle reste inutile et il est bien certain qu'il ne saurait être question de tenir la situation juridique personnelle du vendeur pour modifiée par l'effet de la clause, ou de la pos-

session de la grosse restée entre ses mains. Que s'il jouit de la faculté d'investir un tiers de ses droits (tout en restant lui-même tenu de ses obligations, par la simple remise du titre), c'est là l'effet normal des clauses que nous étudions, telles que les entend la jurisprudence citée plus haut.

En définitive, il n'est pas plus étrange de voir un vendeur investi du droit de transmettre sa créance à un endossataire, ou à un simple porteur de son titre, que de reconnaître cette faculté au profit d'un prêteur de deniers, comme c'est le cas dans les obligations par acte notarié avec clause à ordre ou au porteur, dont la jurisprudence a reconnu expressément la validité, et il serait frustatoire et abusif de ne valider l'opération, s'agissant de la stipulation « payable au porteur de la grosse », qu'en exigeant l'intervention à l'acte d'un premier porteur distinct, que le vendeur n'a aucune raison de désigner à ce moment, et qui, du reste, pourrait immédiatement restituer la grosse au vendeur lui-même, dont il ferait ainsi un second porteur, de sorte que tout le résultat pratique de cette complication, absolument sans intérêt, serait dans le déboursé du droit d'enregistrement de 1 fr. 25 o/o.

3° On a songé, spécialement encore au sujet de la clause « payable au porteur de la grosse », à une autre objection : on dit que le porteur pourrait passer pour un simple mandataire du vendeur ; comme

tel, révocable à sa volonté ou par l'effet de son décès. Mais, si cette objection tendait à dire que la clause « payable au porteur de la grosse » ne peut jamais conférer plus qu'un mandat révocable, elle serait manifestement contredite par la jurisprudence précitée, d'où il résulte que, au moyen de cette clause, la remise du titre opère pleine et entière cession ; et par suite, elle se trouverait réfutée par avance. Mais on peut considérer l'objection comme ayant seulement la portée d'un avis salutaire, en la ramenant à cette idée, assurément juste, que l'intention des parties à l'acte de vente pourrait, en fait, avoir été, en insérant dans l'acte une stipulation de paiement valable au porteur de la grosse, de conférer simplement au vendeur la faculté de se désigner un mandataire, à l'effet de recevoir paiement par le moyen de la remise de la grosse. Pareille intention serait assurément licite, et, si elle était reconnue, elle devrait être consacrée telle que les parties l'ont conçue, notamment avec les causes de révocation qui accompagnent normalement le mandat. Encore faut-il que la volonté des parties soit aisément reconnaissable en ce sens, et on ne la supposera guère en présence d'une clause de paiement au porteur de la grosse, qui a normalement une portée plus pleine et définitive.

Toutefois il est possible de retenir de l'objection cette conclusion pratique que les parties, qui ont la

volonté d'insérer dans leurs conventions une vraie clause au porteur ayant pour effet la transmission de la créance par la tradition de la grosse, devront, par précaution, éviter des expressions équivoques, susceptibles de faire supposer l'intention d'un simple mandat.

Il résulte de toutes les considérations qui précèdent que la légalité et l'efficacité de semblables clauses, insérées dans un acte en brevet ou dans la grosse, ne peuvent plus susciter de doute aujourd'hui. En définitive, toutes les créances, aussi bien civiles que commerciales, constatées par des actes authentiques ou par des actes sous signatures privées, issues de contrats synallagmatiques ou de contrats unilatéraux, peuvent être transmises à ordre ou au porteur.

Il s'agit maintenant de déterminer la nature juridique et les effets de ces clauses ; notamment quels sont les droits du porteur de l'acte notarié muni d'une clause à ordre ou au porteur, et quelles sont les conséquences qui en résultent ? quelles sont les exceptions qui lui sont opposables ?

CHAPITRE III

**Les effets des clauses à ordre et au porteur ;
les droits du porteur d'une obligation notariée ; les exceptions qui lui sont opposables.**

Le point de savoir quels sont les droits du porteur d'un acte notarié muni d'une clause à ordre ou au porteur n'est qu'un aspect particulier d'une autre question plus générale, qui concerne tout détenteur d'un titre au porteur ou à ordre. Le porteur de ce titre doit-il être considéré comme le créancier direct du débiteur, ou n'est-il que le cessionnaire du créancier ?

D'après une théorie qui est vue avec une certaine faveur en Allemagne, et qui a été consacrée dans une certaine mesure par le nouveau Code civil allemand (art. 130 et 154), il y aurait un engagement direct du débiteur envers les débiteurs successifs. La déclaration unilatérale de volonté par le débiteur lierait celui-ci en dehors de toute acceptation par une autre personne ; par exemple, dans l'hypothèse

d'un contrat de vente par acte notarié affecté d'une clause au porteur, l'acheteur serait tenu envers tous les porteurs successifs de la grosse. Si l'acte était pourvu d'une clause à ordre, la même obligation existerait à la charge de l'acheteur vis-à-vis de tous les endossataires successifs. Il n'y aurait donc pas en cette matière à faire intervenir l'idée de contrat ; la simple souscription du titre par le débiteur engendrerait l'obligation de celui-ci, chaque porteur ou chaque endossataire du titre devenant ainsi créancier direct et non pas cessionnaire. Cette idée a été acceptée par quelques décisions judiciaires (voir notamment Cass., 9 nov. 1896, S. 37,1,161 ; Pau, 6 avril 1886, S. 88,2,14) ; mais elle n'a pas pénétré dans la doctrine générale ni dans la jurisprudence. Elle a été présentée d'une manière saisissante par M. Saleilles : « La création du titre fonde l'obligation ; celle-ci résulte d'un acte unilatéral et non d'un contrat. Le droit qui est incorporé au titre ne passe pas aux porteurs successifs par voie de cession, de telle sorte que chacun soit censé tenir son droit d'un précédent porteur ; ni par voie de novation, chaque créancier se substituant l'un à l'autre, mais acquérant un droit propre et direct contre le souscripteur. Le droit qui résulte du titre consiste dans une obligation dont le créancier est incertain, la volonté incarnée dans le titre constituant un engagement ferme indépendamment de toute acceptation. Le

droit se conserve alors même qu'il n'existe aucun titulaire du droit, comme en cas de perte du papier, par exemple, ou dans le cas où il revient aux mains du débiteur. Enfin, l'indétermination sur la personne de l'ayant droit cesse par la présentation du titre ; chaque porteur successif est le créancier éventuel ; celui-là seul est le créancier définitif qui présente le titre » (Saleilles, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet du Code civil allemand*, 2^e éd., 1901, n^o 277, p. 314). On peut considérer comme se rattachant à la même idée la thèse de M. Worms : *De la volonté unilatérale* (Paris, 1891). Cette doctrine se caractérise donc par ce fait que la rédaction du titre crée par elle-même l'obligation. Sans doute, le [titre ne peut produire aucun effet pratique tant qu'il n'est pas passé entre les mains d'une autre personne que son souscripteur ; c'est la condition nécessaire pour faire valoir le droit qui s'y trouve incorporé ; mais l'obligation n'en existe pas moins dès le moment de la souscription du titre ; par le seul fait de son engagement ; le débiteur a pour créancier chaque porteur successif du titre. En effet, disent les auteurs allemands, celui qui signe un titre au porteur ou un titre à ordre s'engage, par cette seule manifestation de sa volonté, à payer la somme indiquée dans les conditions prescrites par le titre. Comme il ne peut plus renier sa signature, il est définitivement obligé, et il incorpore

son obligation dans le titre à ordre ou au porteur qui la contient. Quiconque deviendra porteur ou endossataire de ce titre sera créancier, pourra exiger l'exécution de l'engagement que le débiteur assumait par sa seule volonté, et qu'il a inscrite sur le titre, qui circule ainsi de mains en mains, portant en lui-même l'obligation. Seulement, ce qui donne en Allemagne tant de force à cette explication, c'est que le principal des effets à ordre, la lettre de change, est considéré dans ce pays comme un écrit abstrait qui ne mentionne ni la valeur reçue, ni la provision (c'est-à-dire la créance du tireur contre le tiré). Il s'agit bien dans ces conditions d'un titre abstrait, contenant des obligations dégagées de la cause qui leur a donné naissance. Le tireur, le tiré, l'endosseur, se lient purement et simplement vis-à-vis de ceux qui seront tour à tour porteurs de l'effet. Ils signent et promettent de faire honneur à leur signature, voilà tout.

Les Allemands ont fait valoir beaucoup d'arguments en faveur de l'explication du titre à ordre (et aussi du titre au porteur) par l'obligation unilatérale. Le souscripteur d'un titre de cette nature, ont-ils dit, ne peut-il pas être assimilé à une société qui émet des obligations au porteur ? Cette société considère ses titres comme représentant des créances contre elle, par le seul fait que les certificats d'obligation existent et avant même qu'ils aient trouvé des

preneurs. La société ne s'inquiète point en réalité de ceux qui souscriront les dites obligations ; elle s'est liée par sa seule volonté vis-à-vis des créanciers futurs. Bien plus, avant même d'avoir placé des obligations de ce genre, la société peut les donner engage à un prêteur qui lui avancera de l'argent, la validité d'un semblable gage est admise par la jurisprudence, celle-ci reconnaît que le prêteur possède bien une véritable valeur représentée par des titres qui circulent, sans qu'ils aient de créancier (cf. Cass., ch. réun., 16 mars 1904, D. 84.1.320). Pour donner plus de force à leur doctrine, les Allemands ont essayé de la perfectionner en disant : c'est le titre lui-même qui est le créancier. Le titre à ordre ou au porteur ne devrait pas être assimilé à une créance ordinaire ; ce serait une valeur économique tout à fait semblable à un objet corporel et se transmettant comme lui de mains en mains.

L'esprit français s'est toujours montré, d'une façon générale, réfractaire à cette conception (Voir Wahl, *Traité théorique et pratique des titres au porteur*, 1891, t. I, p. 185 et s. ; Thaller, *Traité de droit commercial*, 5^e éd., 1916 ; et de la Nature juridique du titre de crédit, *Annales de droit commercial*, 1907 ; Planiol, *Traité de droit civil*, 6^e éd., 1912, t. II ; Ambroise Colin et Capitant, *Cours de droit civil français*, 1916, t. II).

En soutenant que c'est le titre lui-même qui

devient créancier, les Allemands transforment le titre à ordre où le titre au porteur en une personne juridique ; ce qui est insoutenable. Une semblable théorie n'est que le résultat d'une illusion sur l'efficacité juridique de la volonté individuelle. Quelle que soit la puissance qu'on lui attribue, on est bien obligé de reconnaître que cette volonté individuelle n'est pas à ce point souveraine qu'un engagement pris par une personne sous la forme d'une simple déclaration de volonté de sa part produise les effets d'une obligation. On ne saurait faire abstraction de l'idée de contrat qui doit se rencontrer à l'origine de l'opération. Il ne suffit pas, pour être engagé vis-à-vis de quelqu'un, de vouloir s'obliger envers lui : il faut de plus que cette personne consente à tenir la première pour obligée à son égard. Tant que la volonté unilatérale n'en a pas rencontré une autre qui vient se joindre à elle, le lien obligatoire ne peut pas se former. Le lien obligatoire suppose nécessairement le concours des volontés, l'idée de contrat. En souscrivant un billet au profit d'un créancier, on conclut un contrat. Or, le seul fait qu'au nom du créancier serait ajoutée la clause : « Ou à son ordre » est-il de nature à engendrer comme conséquence l'extinction de la notion de contrat pour la remplacer par l'idée singulière de l'obligation unilatérale ? Assurément non, cela paraît contraire à la réalité et au bon sens. Qu'il s'agisse du billet au porteur ou de

l'effet à ordre, il y a toujours, à la base du titre de crédit, un engagement contractuel, sur lequel peuvent venir ultérieurement se greffer, d'autres engagements. Le contrat demeure, dans notre droit, la source de toute obligation volontaire.

Fausse dans son principe général, la théorie de la volonté unilatérale comme source d'obligation n'est pas moins inexacte dans son application particulière aux titres négociables. Dans la théorie d'après laquelle le souscripteur du titre cesserait, par le seul fait de son engagement unilatéral, engagé envers tout porteur quel qu'il soit, la logique conduirait à décider que cet engagement unilatéral l'abstreindrait à s'acquitter, au profit d'un porteur quelconque du titre, donc même d'un porteur de mauvaise foi, d'un voleur. Or, il est évident que le souscripteur n'a jamais entendu s'engager envers des porteurs de cette catégorie. On aboutit ainsi à une contradiction, qui a été fort bien relevée par M. Wahl (*op. cit.*, n°s 245 à 273) et qui consiste à prendre la volonté du souscripteur pour base d'une prétendue obligation, qu'il n'a nullement entendu assumer en réalité ; son intention n'a point été de payer, sans s'inquiéter des circonstances dans lesquelles le porteur aura acquis le titre.

D'autre part, la conception allemande de l'obligation unilatérale devrait avoir pour conséquence que le souscripteur ne pourrait opposer aucune exception

à personne, pas même au premier porteur. Or, les Allemands eux-mêmes sont forcés de reconnaître qu'il est impossible d'aller jusque-là. Le souscripteur d'un titre à ordre peut opposer à sa contre-partie immédiate les exceptions nées du contrat qui les unit. Ainsi le tiré peut opposer au preneur le dol dont il aurait été victime. L'explication par l'engagement unilatéral va donc au delà du but que ses auteurs se proposaient d'atteindre.

En réalité il est beaucoup plus simple et plus exact de rester fidèle à l'idée de contrat ; ce n'est pas pour faire naître une obligation nouvelle et abstraite que le souscripteur s'engage. Il se borne à reconnaître une obligation préexistante. Comme le remarque M. Wahl : « Le souscripteur est engagé lorsqu'il se dessaisit, en vertu d'une convention spéciale ou de l'exécution d'une convention préexistante, du titre préalablement signé par lui, et non lorsqu'il donne cette signature » (*op. cit.*, n° 256). La signature d'un titre négociable ne constitue donc que la reconnaissance d'une dette antérieure, ce qui est manifeste surtout lorsqu'il s'agit d'obligations constatées par acte notarié.

Seulement, la constatation que l'obligation du débiteur naît non pas de la souscription du titre, mais d'un contrat préexistant, ne résout pas encore la question posée : le porteur est-il directement créancier du débiteur, ou n'est-il que le cessionnaire

du créancier primitif ? L'idée d'un engagement direct du débiteur envers les porteurs n'offre en effet rien d'incompatible avec la conception d'après laquelle l'engagement du débiteur ne peut résulter que d'une dette concomitante ou antérieure à la rédaction du titre et constatée par ce dernier. Chacun des porteurs successifs du titre n'est-il pas en droit de soutenir que, par la souscription, le débiteur a reconnu un engagement distinct au profit de chacun des détenteurs successifs de l'effet ? Qu'il s'agisse de titres à ordre ou au porteur, c'est la même question qui se pose, et, dans les deux cas également, on peut soutenir, à l'inverse, que le porteur actuel n'a contre le débiteur qu'un droit de créance dérivé, en qualité de cessionnaire du créancier primitif (voir à cet égard note de M. Tissier, sous Cass. civ., 9 nov. 1896. S. 97. I. 161).

A première vue, il semble que l'on pourrait admettre l'idée de l'engagement direct du débiteur envers les détenteurs successifs du titre en s'appuyant sur l'article 1121 du Code civil, texte relatif à la stipulation pour autrui. Assurément, en se liant vis-à-vis du créancier originaire, le débiteur ne s'engagerait pas vis-à-vis de tous les détenteurs successifs, car le caractère de la promesse est d'être essentiellement personnel (Planicl, t. II, n^{os} 1017 et s.). Mais c'est le créancier primitif qui stipulerait pour tous les porteurs ultérieurs ; ce créancier se ferait promettre le paiement pour lui personnellement

d'abord, et en même temps il stipulerait au profit de tous ceux à qui l'effet serait transmis, dans la suite, par voie d'endossement ou de tradition, et ce serait uniquement par l'effet de cette stipulation pour autrui que le signataire du titre se trouverait obligé vis-à-vis de tous ceux qui en deviendraient successivement les porteurs.

Toutefois, à la réflexion, cette explication ne paraît pas soutenable. La stipulation pour autrui ne saurait être valable que dans le cas où les bénéficiaires sont immédiatement déterminables; tel est le cas d'une stipulation au profit des pauvres d'une ville, au profit des ouvriers dans les cahiers des charges d'adjudication des travaux publics (Poitiers, 20 juin 1889. D. 20.2.152); ou de l'assurance contractée pour le compte de qui il appartiendra (Cass., 5 mars 1882; D. 88.1.365. S. 22.1.315). Dans ces hypothèses, les tiers appelés à profiter de la stipulation seront déterminables le jour où la convention devra recevoir effet à leur profit (Planiol, t. II, n° 1237); le droit de désigner plus tard les futurs bénéficiaires n'est pas réservé souverainement au stipulant. Or, au contraire, les détenteurs successifs d'un titre à ordre ou au porteur sont des personnes non seulement indéterminées, mais indéterminables, et il est, par suite, impossible de prendre l'article 1121 pour base de l'engagement direct du souscripteur du titre envers ces différentes personnes.

Quelle est, sur cette question, l'attitude de la jurisprudence ? Ces décisions sont loin de présenter l'expression d'une formule précise et définitive. En matière de titres à ordre, la Cour de cassation a consacré à plusieurs reprises l'idée d'un engagement direct du débiteur envers les endossataires successifs. Un arrêt de la Cour de cassation, de 1850 (S. 50. 1. 254) s'exprime de la manière suivante : « Attendu que le débiteur qui s'engage par un titre payable à ordre, accepte, d'avance pour créanciers non seulement le bénéficiaire ou preneur du billet, mais encore tous ceux qui en deviendraient propriétaires par des endossements successifs, à la différence du cessionnaire d'une créance ordinaire, auquel le Code civil accorde contre le débiteur autant de droits seulement qu'en avait le cédant qu'il représente, le porteur de l'endossement a pour *débiteur direct* le souscripteur, sans intermédiaire du bénéficiaire et des autres endosseurs, qui ne se représentent pas les uns les autres, mais dont chacun a été, de son propre chef, créancier du souscripteur. »

Une affirmation analogue est reproduite par un arrêt du 3 juin 1891, aux termes duquel la Cour de cassation déclare que « le porteur d'un titre à ordre, qui en est devenu le propriétaire par un endossement régulier, a pour *débiteur direct* le souscripteur, sans intermédiaire des endosseurs qui ne se représentent pas les uns les autres » (S. 91. 1. 296).

Mais d'après d'autres arrêts, la clause à ordre impliquerait une série de cessions successives acceptées à l'avance par le débiteur, de sorte que la transmission de l'obligation par la voie de l'endossement s'accomplit vis-à-vis du débiteur de la même façon qu'entre le cédant et le cessionnaire (2 mai 1872. S. 72.1.292 ; 7 mai 1879. S. 79.1.421).

Relativement aux titres au porteur, la thèse d'après laquelle le souscripteur est le débiteur direct des détenteurs successifs se trouve accueillie par plusieurs décisions. Voici notamment un arrêt de la Cour de Pau du 6 avril 1886 (S. 88.2.14), qui est nettement formulé : « Attendu, porte cet arrêt, que la conséquence des principes qui sont applicables aux billets au porteur est que les billets de cette nature se transmettent par la simple tradition de la main à la main sans aucune formalité envers le débiteur, ce dernier n'étant obligé qu'envers le porteur, qu'il suit de là que le porteur est devenu *créancier direct* du souscripteur et non l'ayant cause de celui dont il a reçu les billets. »

C'est à la même idée que se rattache un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 2 novembre 1896, particulièrement intéressant, parce qu'il est relatif à une créance constatée par acte notarié et stipulée payable au porteur de la grosse du titre. Il décide que le porteur de cette obligation est investi d'un droit qui lui est propre : « Attendu, porte l'arrêt

que, dans ces sortes d'obligations, le débiteur accepte d'avance pour *créanciers directs* tous ceux qui en deviendront successivement porteurs, qu'il suit de là que le porteur est investi d'un droit qui lui est propre » (S. 97. 1. 161, note Tissier). Même décision dans un arrêt de la Cour de Besançon du 28 juin 1805. D. 27. 2. 166 ; et dans un arrêt de la Chambre civile en date du 31 octobre 1806. S. 08. 1. 305, note Lyon-Caen.

En définitive, dans les deux arrêts de 1896 et de 1906, il est dit que, soit dans les billets au porteur, soit dans les obligations payables au porteur, le débiteur accepte d'avance pour ses *créanciers directs* tous ceux qui en deviendront successivement porteurs. L'arrêt de la Cour de Besançon du 28 juin 1905 (D. 07. 2. 166) spécifie que l'indication du nom du prêteur et premier porteur dans l'acte n'est pas de nature à modifier cette interprétation, cette indication n'ayant pour but que de faciliter la prise de la première inscription hypothécaire, dans laquelle les porteurs successifs sont subrogés. Très rares, au contraire, sont les arrêts ayant affirmé que le porteur n'est, vis-à-vis du débiteur du titre, qu'un cessionnaire. On peut consulter en ce sens deux arrêts de la Cour de Bordeaux du 22 janvier 1838 et du 7 février 1846 (S. 39. 2. 258 ; S. 46. 2. 321).

En résumé, malgré les fluctuations indiquées, la jurisprudence, surtout celle de la Cour suprême,

paraît se prononcer plutôt en faveur de la thèse de l'engagement direct du débiteur au profit des endossataires ou des porteurs successifs.

Quel est donc l'intérêt de toute cette controverse ? Il se rencontre surtout en ce qui touche les exceptions qui peuvent être opposées par le débiteur aux détenteurs successifs du titre. Il est évident que, si le porteur est investi d'un droit qui lui est propre, il n'est passible, si sa bonne foi n'est pas contestable, que des exceptions qui lui sont personnelles ou qui résultent de la teneur de l'acte. Ce ne sont pas là d'ailleurs les seules difficultés que soulève l'insertion d'une clause à ordre ou au porteur d'une obligation notariée. Lorsqu'on veut analyser la situation juridique du porteur d'une grosse pourvue d'une clause de cette nature, on est amené à se demander si cette situation n'est pas compliquée, dans une certaine mesure, par la forme du titre, et si celle-ci n'a pas pour conséquence d'entraîner une modification des droits du cessionnaire. En définitive, pour préciser les droits du porteur de la grosse dans ses divers intérêts, il faut résoudre trois questions : 1° Quelles sont les exceptions opposables par le débiteur au porteur de la grosse ? 2° Dans quelles conditions peut-il obtenir son paiement ; 3° La créance lui est-elle transmise avec tous ses accessoires et toutes ses sûretés ?

SECTION I. — *Des exceptions opposables au porteur de la grosse ?*

On sait qu'en droit commercial l'une des caractéristiques de la transmission par voie d'endossement est l'inopposabilité au cessionnaire, par le débiteur du titre, des exceptions dont celui-ci pouvait se prévaloir vis-à-vis du cédant. Le débiteur ne saurait invoquer, sauf le cas de mauvaise foi, que les exceptions ayant pris naissance directement contre le porteur actuel ; c'est la grande règle connue sous le nom d'*innoposabilité des exceptions* (voir Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, n° 130 et s. ; Thaller, *Traité*, 5^e éd., *passim* ; Lacour, *Précis de Droit commercial* ; Pichon, *De l'inopposabilité des exceptions d'un porteur de titre à ordre*, thèse, Paris, 1904). Cette règle de l'inopposabilité des exceptions s'explique par le désir d'assurer la circulation rapide des effets de commerce et d'en garantir le paiement à l'échéance, sans contestation possible ; le but poursuivi est l'assimilation des effets de commerce à la monnaie ; ils doivent avoir la même puissance libératoire ; un effet de commerce doit jouer, comme instrument de paiement, à l'instar d'un billet de banque. La règle de l'inopposabilité fonctionne, d'ailleurs, de la même façon, à l'égard des titres au porteur, en vertu du mécanisme même de leur circulation.

Dès lors une question générale se pose : la règle traditionnelle selon laquelle le débiteur ne peut pas opposer en principe au dernier porteur les exceptions qui eussent été opposables aux porteurs précédents, s'applique-t-elle, en dehors des effets de commerce, aux titres à ordre ou au porteur de nature civile ? Sur ce point encore, la jurisprudence ne donne pas une solution unique et invariable ; tantôt elle applique et tantôt elle exclut, suivant les cas et les actes litigieux, la règle de l'inopposabilité des exceptions.

D'une façon générale, toutefois, on peut dire que surtout pour les titres au porteur, la jurisprudence admet en principe que le débiteur ne peut pas opposer au porteur qui lui présente le titre à l'échéance les exceptions qu'il est en droit d'invoquer contre le créancier primitif ou contre un porteur précédent (Voir Paris, 2 déc. 1865, D. 62, 5, 161 ; Pau, 6 avril 1886, S. 88, 2, 14, D. 86, 2, 230 ; et surtout les trois arrêts suivants : Cass. civ. 6 nov. 1896. S. 97, 1, 161, D. 97, 1, 16, note de M. Tissier ; Cass. civ. 31 oct. 1906, S. 02, 1, 305, note de M. Lyon-Caen ; Besançon, 28 juin 1905. D. 07, 2, 166 ; Add. Paris 22 mai 1895. S. 96, 2, 251).

L'arrêt du 2 novembre 1896 est relatif à une obligation ayant pour cause un contrat de prêt souscrit par acte notarié et stipulé payable au porteur. Le porteur de la grosse ayant réclamé son paiement

au souscripteur, celui-ci lui opposa que le prêteur ne lui avait pas versé la somme entière dont il s'était reconnu le débiteur, et que, par suite, il n'était pas tenu de payer l'excédent, l'obligation, dans cette mesure-là, n'ayant pas de cause. La bonne foi du porteur était, d'ailleurs, absolue, La Cour de Grenoble accueillit l'exception soulevée par le souscripteur ; mais, sur pourvoi, son arrêt fut infirmé par la Cour suprême. La Cour suprême décide que le porteur d'une obligation notariée, payable au porteur de la grosse, est investi d'un droit qui lui est propre, et n'est passible, s'il est de bonne foi (il faut toujours sous-entendre cette réserve), que des exceptions qui lui sont personnelles ou qui résultent de la teneur de l'acte, et cela, déclare l'arrêt, sans distinguer entre les obligations civiles ou commerciales, car il s'agit d'un effet qui découle de la forme du titre et non de son caractère.

Dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt du 31 oct. 1906, il s'agissait d'un simple billet au porteur sous seing privé, ainsi conçu : « Bon pour 6.000 francs, 16 mars 1898 ; signé X ». Ce billet, qui ne portait que la date de l'émission et non celle de l'échéance, représentait le reliquat d'un prêt de 10.000 francs consenti, par l'intermédiaire d'un notaire, par un sieur Caren au signataire. Ce billet fut remis par le débiteur au notaire qui le transmit à un nouveau porteur : là-dessus le prêteur poursuivit en paiement

le débiteur. Mais celui-ci établit qu'il s'était libéré entre les mains du notaire, qui avait disparu et était tombé en déconfiture. Le débiteur produisait, à l'appui de son affirmation, la quittance qui lui avait été remise par le notaire (car il avait négligé d'exiger de celui-ci la remise du billet). Dans ces conditions, le souscripteur soutenait, qu'à défaut de signification ou d'acceptation par lui de la cession du titre, il s'était valablement libéré entre les mains du porteur originaire, et que le nouveau porteur était sans droit contre lui. La Cour d'Amiens accueillit ce raisonnement par un arrêt du 17 avril 1901 ; mais la Chambre civile a cassé cet arrêt : elle constate, d'abord, que le billet au porteur se transmet de la main à la main, sans qu'il soit besoin d'une signification faite au débiteur ou d'une acceptation faite par lui de la cession ; elle déclare, en outre, que le porteur est investi d'un droit qui lui est propre, et que, s'il est de bonne foi, il n'est passible que des exceptions qui lui sont personnelles ou qui résultent de la teneur de l'acte.

Il est évident que, bien que se référant aux titres au porteur, ces décisions n'ont pas une moindre importance relativement aux obligations à ordre.

En ce qui concerne les obligations à ordre civiles, c'est-à-dire autres que les effets de commerce, on ne rencontre que très peu de décisions. On peut consulter toutefois un arrêt de la Cour de Grenoble du

7 février 1835 (S. 35. 2. 340) ; cet arrêt est d'ailleurs, contraire à la règle de l'inopposabilité des exceptions et il décide que le souscripteur d'une obligation à ordre peut se prévaloir vis-à-vis du porteur actuel de cette obligation, d'une compensation par suite de laquelle il aurait été libéré dans ses rapports avec un porteur antérieur.

La Chambre des requêtes, par un arrêt du 11 avril 1849 (D. 49. 1. 141), se prononce au contraire en faveur de l'inopposabilité des exceptions. Dans l'espèce, il s'agissait d'un billet à ordre qui n'énonçait pas la valeur fournie, et qui, par suite, ne valait que comme simple promesse civile. Le souscripteur de ce billet était en compte courant avec le créancier originaire, et sa dette se trouvait éteinte par voie de compensation, vis-à-vis du créancier primitif. Mais celui-ci avait endossé le billet à un tiers, qui en réclamait le paiement au souscripteur ; le tribunal de la Seine et la Cour de la Seine condamnèrent le débiteur à payer, ce qui impliquait bien que celui-ci ne pouvait pas se prévaloir de la compensation vis-à-vis du porteur actuel ; et la Cour de cassation rejeta le pourvoi du débiteur.

Donc l'inopposabilité des exceptions au détenteur actuel d'un titre à ordre ou au porteur est une règle qui étend son empire en dehors des effets de commerce et qui s'applique aux titres même de nature civile. Cette règle admise par la jurisprudence ne

saurait qu'être approuvée : en effet, si les formes à ordre ou au porteur se sont étendues en dehors des effets de commerce, c'est évidemment parce que cette extension a été imposée par les besoins de la pratique : or, les mêmes besoins commandent de régir par les mêmes règles les clauses à ordre ou au porteur dans les titres civils. Au surplus, sous peine de tomber dans l'arbitraire, on ne comprendrait pas qu'au point de vue des conséquences de leur transmission, les effets de commerce et les autres titres à ordre ou au porteur soient traités différemment (V. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 4^e éd., t. IV, n^o 157, 462, 476; Lyon-Caen, *Revue critique*, 1893, p. 364; 1894, p. 489, et note Sirey, 91. 1. 65; Thaller, *Traité*, n^o ; Lacour, *Traité*, n^o ; Pichon, *op. cit.*, p. 293 et s.).

Il y a toutefois des cas où la jurisprudence n'admet plus la règle de l'inopposabilité des exceptions ; il en est ainsi quand elle se trouve en présence de polices d'assurances à ordre ou au porteur. Dans ce cas, l'assureur peut opposer au porteur actuel de la police les mêmes moyens de défense qui lui appartenaient contre l'assuré (Req., 25 mars 1862, S. 63. 1. 27 (il s'agissait, dans l'espèce, d'un prêt à la grosse) ; Civ., 31 juillet 1893, S. 94. 1. 212; D. 95. 1. 137, note Levillain ; Paris, 3 février 1894, S. 94. 2. 301). Dans l'espèce visée par l'arrêt du 31 juillet 1893, il s'agissait d'une assurance maritime qu'avaient contractée

ensemble le chargeur des marchandises et le capitaine du navire. L'assurance couvrait un vieux bateau et des marchandises sans grande valeur, et les deux assurés s'étaient frauduleusement concertés pour provoquer la perte du bâtiment, en vue de toucher l'indemnité d'assurance. La police avait été immédiatement endossée par lui à un tiers. Là-dessus survient le naufrage volontaire du navire. Le porteur de la police réclame de l'assureur le montant de l'indemnité ; mais la compagnie d'assurance prouve le dol qui avait été ourdi contre elle et, malgré sa bonne foi qui était certaine, le porteur de la police est débouté, par le motif que le dol concerté entre les souscripteurs de la police est opposable aux endossataires de cette police comme il le serait à des cessionnaires ordinaires.

L'arrêt de la Cour de Paris du 3 février 1894, dont la rédaction est, d'ailleurs, beaucoup moins précise que l'arrêt précédent, admet que, en matière de police d'assurance à ordre ou au porteur, les exceptions tirées de la nullité du titre, et opposables par le débiteur du titre, c'est-à-dire par l'assureur, au bénéficiaire direct, c'est-à-dire au souscripteur de la police, sont également opposables aux tiers porteurs par endos (en cas de police à ordre) ou au simple porteur (en cas de police au porteur).

La jurisprudence établit donc une distinction, quant à l'inopposabilité des exceptions, entre les

billets au porteur ou à ordre ordinaires et les polices d'assurance dans la forme au porteur ou à ordre ; la jurisprudence décide que l'assureur peut opposer aux preneurs successifs de la police les mêmes exceptions, et notamment les causes de déchéance qu'il pouvait invoquer contre l'assuré primitif.

Pour certains auteurs, cette distinction est inexacte. C'est ainsi que, d'après MM. Lyon-Caen et Renault, Ouvrage, article et note cités) l'inopposabilité des exceptions devrait logiquement s'appliquer à tous les titres à ordre et au porteur ; elle est la conséquence logique et nécessaire du caractère de négociabilité du titre ; il n'y a donc pas de raison de l'écarter dans certains de ces titres. Toutefois, si MM. Lyon-Caen et Renault affirment que cette distinction n'est pas fondée dans l'état actuel du droit, ils reconnaissent qu'en législation il serait souhaitable de l'introduire. Ils admettent, en effet, que les considérations pratiques qui ont déterminé l'adoption de la règle de l'inopposabilité de l'exception ne présentent pas rationnellement la même valeur pour tous les titres à ordre ou au porteur et que cette règle peut être écartée par la nature même du titre. Or, déclare M. Lyon-Caen, « on conçoit qu'il y ait les inconvénients pratiques les plus graves à ce qu'un assureur soit exposé à être privé du droit d'opposer la nullité d'une assurance pour réticence ou pour fausse déclaration, à raison de ce que cette police est passée

entre les mains d'un tiers porteur de bonne foi » (Note Lyon-Caen, Sirey, 1908. 1. 305).

Les circonstances de la conclusion du contrat d'assurance le conditionnent nécessairement ; l'assureur s'oblige en vue d'une situation déterminée, qui lui a été présentée comme telle et non pas dans d'autres conditions. Il doit donc pouvoir être en mesure d'invoquer toutes les dissimulations ou réticences commises et qui seraient de nature à modifier pour lui l'opinion du risque. Il faut qu'il puisse toujours se prévaloir de dissimulations pratiquées à son détriment vis-à-vis de celui qui présentera la police et qui lui réclamera le paiement de l'indemnité.

D'autres auteurs se montrent moins intransigeants et s'efforcent de justifier la distinction établie par la jurisprudence. D'après M. Thaller *Traité*, N° 1503, l'inopposabilité des exceptions ne résulte pas de la seule forme du titre à ordre ou au porteur. Elle est spéciale aux effets de commerce qui ont un office monétaire, c'est-à-dire qui sont destinés à circuler à l'instar de la monnaie, et aux titres qui, sans être visés par la loi, ont un rôle semblable. Au contraire la règle de l'inopposabilité ne concerne pas les titres à ordre ou au porteur qui ne fonctionnent pas comme instruments monétaires, mais dans lesquels la forme adoptée ne tend qu'à faciliter la transmission du titre, à éviter aux parties l'observation des formalités de

l'article 1690. Or, quand les particuliers introduisent une clause à ordre ou au porteur dans une police d'assurance, ils ne se préoccupent que de favoriser la négociabilité de ce titre ; mais la police ne remplit jamais ici la fonction d'un titre monétaire (Cf. *Nature juridique du titre de crédit*, 1907, N^{os} 100 à 108 et 112).

D'après M. Lacour, *Précis*, N^o 1306, il y a lieu également de distinguer deux sortes de titres à ordre : les titres abstraits et les titres concrets. Les premiers sont ceux dont la rédaction attribue au porteur le droit absolu d'exiger une somme déterminée, sans faire allusion à la cause de l'obligation du souscripteur, de sorte que la cause est séparée du titre, lequel se suffit à lui-même ; le droit du porteur est autonome, indépendant de la convention en raison de laquelle le titre a été créé (par exemple je promets de payer 100 fr. à X... ou à son ordre, ou au porteur de ce billet) ; puis il y a des titres à ordre concrets, c'est-à-dire qui se réfèrent à un premier preneur, et qui n'attribuent aux futurs porteurs d'autres droits que ceux qui sont dérivés de ce contrat et il en est ainsi dans la police à ordre ou au porteur, qui contient toutes les conditions de la conclusion du contrat. Dès lors, la police étant conditionnée par les éléments et les circonstances du contrat primitif, l'endossataire ou le porteur de cette police n'a pas droit à une somme fixée d'avance : il

ne peut réclamer que l'indemnité stipulée dans le contrat subordonnée à la validité et au respect des clauses de ce contrat. D'après M. Lacour, le titre à ordre abstrait seul, mais non le titre à ordre concret, engendrerait l'inopposabilité des exceptions.

Mais ces distinctions ne sont pas suivies par la jurisprudence. La différenciation établie par M. Lacour paraît d'abord en contradiction avec les règles du droit commercial français. Ces théories s'inspirent de conceptions allemandes ; mais elles oublient que, dans le droit commercial français, la lettre de change et le billet à ordre ne sont pas des titres abstraits, parce qu'ils doivent nécessairement faire mention de la valeur fournie, c'est-à-dire de l'opération juridique intervenue entre le souscripteur et le tireur dans la lettre de change, ou le preneur dans le billet à ordre ; opération juridique qui explique la création de la lettre de change ou du billet à ordre. Cette exigence est formulée par l'article 110, § 7, pour la lettre de change ; par l'article 188, § 6, pour le billet à ordre. Il faut donc rejeter l'explication de M. Lacour comme contraire aux données mêmes du droit commercial français.

L'explication de M. Thaller n'a pas davantage trouvé d'écho dans la jurisprudence. Celle-ci se garde de généraliser ; dans les deux arrêts de 1896 et de 1906, elle se borne à dire que, soit dans les obligations payables à ordre, soit dans les obligations

au porteur, le débiteur accepte d'avance pour ses créanciers directs tous ceux qui deviendront détenteurs du titre. Par suite, le porteur est investi d'un droit qui lui est propre et il n'est passible, déclare notamment l'arrêt du 9 novembre 1896, s'il est de bonne foi, que des exceptions qui lui sont personnelles ou qui résultent de la teneur de l'acte ; c'est une conséquence de la forme du titre et non de son caractère. Dès lors, on ne peut expliquer le régime spécial des polices d'assurance à ordre ou au porteur, en ce qui concerne l'opposabilité des exceptions, que par la nécessité sociale, en vue du développement des assurances, de garantir toujours à l'assureur, quelle que soit la forme de la police, le maintien de son droit d'opposer la nullité de l'assurance pour réticence ou pour fausse déclaration.

SECTION II. — *Dans quelles conditions le porteur de la grosse peut-il obtenir son paiement ?*

Réserve faite des assurances maritimes, la clause à ordre ou au porteur étant pleinement valable dans les titres commerciaux, cela va de soi, et même dans les titres de nature civile telles que les obligations notariées, il en résulte que, à l'échéance, le porteur de la grosse de l'obligation notariée, a le droit d'exiger son paiement, et le débiteur est obligé de s'acquitter au porteur de la grosse. Par cela seul que le

porteur est détenteur du titre, le débiteur doit se libérer entre les mains du porteur, et, par analogie du principe posé par l'article 145 du Code de commerce, relatif au paiement d'une lettre de change à son jour d'échéance et en l'absence d'opposition, celui qui a payé dans ces conditions-là est présumé valablement libéré, et il ne pourra être contraint de payer une seconde fois sous prétexte qu'il a acquitté la dette à un faux porteur ou à un porteur incapable. Le motif de la validité du paiement tient à ce que le débiteur du titre ne connaît pas le porteur et il s'est engagé impersonnellement à payer entre les mains de celui qui aurait cette qualité le jour de l'échéance de la dette. Ce serait seulement dans le cas où il aurait payé avant l'échéance que la bonne foi du débiteur pourrait être suspectée, car il avait le temps de se renseigner sur l'identité et sur la capacité du porteur.

Si le porteur ne réclame pas son paiement à l'échéance, il y aura lieu d'appliquer la procédure organisée, pour tous les titres négociables, par le décret du 6 thermidor an III, complété par une ordonnance du 3 juillet 1816, article 2 : en pareil cas, le débiteur se libérera valablement en consignat, dans les trois jours de l'échéance, la somme due à la Caisse des consignations. Un certificat de dépôt lui sera délivré ; le débiteur remettra au porteur, lorsque celui-ci se présentera, le certificat délivré par la

caisse, et, sur le vu de ce document, le porteur pourra toucher la somme consignée.

En cas de perte ou de vol du titre, il n'y a aucune raison de ne pas étendre aux obligations notariées, à ordre ou au porteur, l'article 149 du Code de commerce, aux termes duquel la victime de la perte ou du vol est admise à faire opposition entre les mains du débiteur, pour éviter que celui-ci ne s'acquitte envers la personne qui se présenterait avec le titre volé ou perdu. Ainsi la victime du vol ou de la perte se trouve efficacement protégée. Mais toute opposition ou saisie-arrêt au paiement du titre, faite par une autre personne, par exemple, par un créancier du débiteur, serait inopérante, car elle pourrait avoir pour résultat d'empêcher la libre circulation du titre, et il semble que la pratique des obligations notariées à ordre ou au porteur ne peut se développer, à l'instar de celle des effets du commerce, que si le paiement en est irrévocablement assuré à l'échéance.

A défaut de paiement à l'échéance, le porteur de la grosse a-t-il un recours en garantie, et contre qui ? Si la circulation du titre à ordre ou au porteur, par endossement ou par tradition, pouvait être assimilée à une cession civile de créance, le porteur n'aurait droit à aucune garantie, car, sauf stipulation contraire, le principe posé par les articles 1693 à 1695 du Code civil, n'imposent de responsabilité au cédant qu'au sujet de l'existence de la créance au moment

de la cession. Au contraire, la garantie solidaire de tous les signataires d'un effet de commerce (art. 140 et 194 C. com.) constitue une protection très énergique du porteur non payé à l'échéance et le met, dans une large mesure, à l'abri de l'insolvabilité du débiteur.

Nous pensons que la garantie solidaire imposée aux porteurs successifs de la lettre de change s'explique par le rôle de monnaie fiduciaire que les effets de commerce sont destinés à jouer dans la vie commerciale. « Les effets de commerce, écrit fort justement, M. Boistel, doivent pouvoir circuler comme une véritable monnaie et être reçus partout comme une valeur nominale (sauf l'escompte) ; il ne faut pas qu'on soit obligé d'évaluer la solvabilité du débiteur. La rapidité de la circulation de ces effets rendrait impossible toute recherche de la solvabilité des parties » (Boistel, *Précis de droit commercial*, n° 753). Mais la clause à ordre ou au porteur, insérée dans les actes notariés, ne saurait avoir pour conséquence, nous l'avons dit, de les assimiler à une monnaie, de leur imprimer, au même titre que les effets de commerce, un rôle de monnaie fiduciaire dans les transactions ; par suite, c'est la conception des articles 1693 à 1695 du Code civil qui doit prévaloir, et le porteur de la grosse n'aura, contre le créancier primitif ou contre les détenteurs intermédiaires, que les droits qui appartiennent au cession-

naire ordinaire d'une créance civile d'après les articles 1692 et 1695 du Code civil (Thaller, *Traité de droit commercial*, n° 1342).

SECTION III. — *Du transfert de la créance avec ses accessoires au porteur de la grosse*

En vertu du principe fondamental de toute cession de créance, les droits du porteur de la grosse seront exactement ceux de son cédant : la remise de la grosse, sans autre formalité, ou l'endossement de la grosse à son profit l'investira, *ergà omnes*, non seulement de la créance avec tous ses avantages (titre exécutoire, droit aux intérêts, etc.), mais encore de tous les accessoires de cette créance, tels que caution, privilège et hypothèque (art. 1692). Il faudrait même y joindre, si la créance, cédée sous cette forme, représentait un prix de vente non payé, l'action en résolution pour défaut de non paiement du prix (art. 1184 et 1654), et le bénéfice éventuel de la déchéance du terme (art. 1188) au préjudice de l'acheteur. Echapperaient seuls à la transmission les avantages attachés à la condition personnelle du cédant, tels que le bénéfice de la suspension de la prescription, tenant à son état de minorité ou d'interdiction (art. 2252) (Cf. Aubry et Rau, 5^e éd. p. 352 *bis*, note 35, t. IV) (Voir aussi : Lyon-Caen et Renault,

Traité de droit commercial, t. II, n° 604, et t. III, n° 129).

D'ailleurs, la forme à ordre ou au porteur, affectant ainsi les sûretés en même temps que la créance, procurera au porteur à l'échéance la même situation que celle d'un créancier dont le droit est constaté par un acte notarié rédigé dans la forme ordinaire.

On a objecté quelquefois que l'article 214 du Code civil exigeait, dans l'inscription de l'hypothèque, l'indication du créancier, cette formalité ne peut plus être observée ici, puisque, au moment de l'inscription de l'hypothèque, on ignore quel sera le créancier, nécessairement indéterminé, au jour de l'échéance. Mais cette difficulté a été facilement aplanie : aucun obstacle sérieux ne s'oppose, en réalité, à l'inscription régulière du privilège de l'hypothèque garantissant un titre à ordre ou au porteur. Cette inscription s'opèrera en conformité des principes consacrés par la jurisprudence au sujet des obligations au porteur émises par une société avec affectation hypothécaire (Cass. civ., 20 oct. 1897, S. 97, 1, 489, et Wahl, *Traité des titres au porteur*, t. I, p. 365). Il suffira, par suite, que l'inscription du privilège » de l'hypothèque soit prise au nom du premier créancier ; il n'est pas nécessaire que cette inscription révèle l'existence de la clause à ordre ou au porteur, car cette indication n'est pas indispensable pour assurer

le principe de la publicité hypothécaire et elle n'est pas exigée par la loi.

D'ailleurs, le porteur de la grosse, qui tiendra à conserver efficacement tous les bénéfices attachés aux sûretés qui lui ont été transmises avec le titre, ne devra pas oublier que, étant, par la forme même des choses, personne indéterminée à l'égard des tiers, il devra faire preuve d'une diligence particulière, qui n'incombe pas au même degré à un créancier hypothécaire nominativement désigné. C'est ainsi que, en cas de purge des privilèges ou des hypothèques, pratiquée par un tiers acquéreur des immeubles grevés des sûretés garantissant la créance à ordre ou au porteur, le porteur à l'échéance ne peut évidemment pas s'attendre à recevoir les notifications prescrites par l'article 2183, de même, au cas où un ordre viendrait à s'ouvrir pour la répartition du prix des immeubles grevés entre les créanciers inscrits, au nombre desquels il compte, ce porteur ne saurait être personnellement touché par les convocations ou par les sommations qui doivent être normalement faites aux créanciers inscrits d'après les articles 751 et 753 du Code de procédure. Il appartiendra, en conséquence, au porteur, s'il veut exercer toutes les prérogatives juridiques de son titre, de veiller attentivement à ses intérêts et de se pourvoir avec soin contre toutes les causes de forclusion qui le menacent, en raison de la forme particulière de son titre.

Mais, sous cette réserve, le porteur de la grosse est entièrement substitué aux droits du créancier originaire ; il jouit de tous les avantages attachés au titre de celui-ci, et il aura, en outre, après le paiement, qualité pour donner mainlevée de l'inscription ou du privilège qui garantissait le paiement de la créance (Bordeaux, 7 février 1846, S. 46, 3, 321 ; arrêt rendu au sujet d'une obligation hypothécaire au porteur). En un mot, et au point de vue des sûretés, le porteur de la grosse, a, sur presque tous les points, une situation identique à celle d'un cessionnaire qui en serait saisi dans les conditions normales de l'article 1690.

CONCLUSION

Les mêmes considérations pratiques qui ont développé dans le commerce, les titres à ordre ou au porteur, militent en faveur de l'extension de cette forme, si commode, aux titres de nature civile, puisqu'elle est de nature à faciliter et à accroître le crédit. « La circulation des droits, a écrit fort justement M. Thaller, telle est la note propre à notre temps » (Thaller, *Traité du droit commercial*, 1900, n° 1499. 2^e éd.), Mais s'il y a là un principe vital de notre expansion économique, pourquoi en réserver l'avantage exclusif à une seule branche de notre législation ? A une époque où la reprise de l'activité humaine s'impose avec plus d'intensité que jamais, pour relever la nation des souffrances subies pendant la grande guerre, il convient d'encourager et de propager toutes les institutions qui sont de nature à accélérer la conclusion des transactions. Or, au premier rang, figure assurément la clause à ordre au porteur. Son introduction dans le mécanisme de la cession des

créances en matière civile et dans les rapports des non commerçants, spécialement sa diffusion aux obligations notariées, sont de nature à introduire dans le domaine du droit civil une puissance de circulation comparable à celle des titres fiduciaires dans le monde du commerce. Si la situation du titulaire d'une obligation notariée à ordre ou au porteur n'est pas de tous points identique à celle du porteur d'un effet de commerce elle bénéficie cependant de tous les avantages importants attachés à la négociabilité des titres commerciaux, et c'est un motif suffisant pour ne pas restreindre aux seuls commerçants la supériorité de la mobilisation du crédit. Comme l'a écrit très justement M. Lyon-Caen, « il y aura toujours quelques règles qui seront spéciales aux commerçants : mais il arrivera sans doute un moment où elles ne seront pas en assez grand nombre pour constituer une véritable branche du droit » (*Livre du centenaire du Code civil*, 1904. t.I, p. 220).

La pratique des obligations notariées à ordre ou au porteur nous montre un exemple de cette fusion progressive entre les deux grandes branches du droit privé, et cette fusion partielle ne peut que correspondre plus efficacement à la satisfaction des besoins économiques et aux exigences de la vie moderne ; c'est une manifestation nouvelle de la loi, observée depuis si longtemps, de l'expansion des institutions commerciales sur le domaine du droit civil (Lau-

rent, *De la fusion du Droit civil et du Droit commercial*. Thèse, 1900).

Le législateur lui-même a compris que la pratique des obligations à ordre ou au porteur, se répandant de plus en plus, avait droit à une réglementation résultant des textes précis ; et la Commission, constituée en 1904, pour la révision du Code civil, a préparé, dans la partie relative aux contrats et aux obligations en général, des observations concernant cet important sujet, auquel la loi ne saurait rester indifférente.

Vu : le président de la thèse,
R. PIÉDELIÈVRE

Le Doyen
F. LARNAUDE

Vu et permis d'imprimer
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris
L. POINCARÉ



BIBLIOGRAPHIE

Recueils périodiques de Dalloz et de Sirey ; Collection de la Gazette des Tribunaux.

Gide. — Etude sur la novation et le transport des créances en droit romain, 1879.

Wahl. — Titres au porteur, t. I.

Brissaud. — Cours d'histoire générale du droit français public et privé, 1904.

Savary. — Le parfait négociant, 1875.

Scoffier. — De la clause à ordre spécialement dans les polices d'assurance. Thèse de Paris, 1896.

Debray. — La clause à ordre. Thèse de Paris, 1892.

Champcommunal. — Généralisation de la clause à ordre (Annales de droit commercial, 1897).

Pascaud. — Revue critique de législation et de jurisprudence, 1878.

Beudant (Ch.). — Cours de droit civil français, 1908.

Lyon-Caen et Renault. — Traité de droit commercial.

Ruben de Couder. — Dictionnaire de droit commercial. Lettre de change.

Lacour. — Précis de droit commercial, 1912.

Thaller. — Traité élémentaire de droit commercial.

Planiol. — Traité élémentaire de droit civil.

Ambroise Colin et Capitant. — Cours élémentaire de droit civil français.

Pothier. — Traité du change.

Merlin. — Questions de droit.

Gaudemet. — Etudes sur le transport des dettes à titre particulier. Thèse de Dijon, 1898.

Huc. — Commentaire théorique et pratique du Code civil.

Worms. — De la volonté unilatérale. Thèse de Paris, 1891.

Saleilles. — Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet du Code civil allemand.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	5
CHAPITRE PREMIER. — Histoire des clauses à ordre et au porteur	15
CHAPITRE II. — De la validité des clauses à ordre et au porteur dans les titres constatant les créances civiles et spécialement dans les actes notariés.	23
<i>Section I.</i> — Examen de la clause à ordre dans les créances civiles autres que les actes notariés... ..	33
<i>Section II.</i> — Examen de la validité de la clause au porteur dans les créances civiles autres que celles constatées par acte notarié.....	43
<i>Section III.</i> — De l'extension des clauses à ordre ou au porteur aux créances constatées par acte notarié.....	55
CHAPITRE III. — Effets des clauses à ordre et au porteur. Droits du porteur d'une obligation notariée. Les exceptions qui lui sont opposables	71
<i>Section I.</i> — Exceptions opposables au porteur de la grosse.....	85
<i>Section II.</i> — Dans quelles conditions le porteur de la grosse peut-il obtenir son paiement.....	96
<i>Section III.</i> — Transfert de la créance avec ses ac- cessoires au porteur de la grosse	100
CONCLUSION.....	105

